

Resolución del expediente 6/2013

Comedores Escolares

Sumario:

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. ANTECEDENTES DE HECHO | 2 |
| II. LAS EMPRESAS..... | 10 |
| III. HECHOS PROBADOS..... | 12 |
| 1. Cuestiones generales que describen el proceso de contratación | 12 |
| 2. Resultado de las homologaciones..... | 17 |
| 3. Los primeros contratos derivados | 19 |
| A. Primer contrato derivado de la homologación del año 2003..... | 19 |
| a. Precio..... | 20 |
| b. Logística..... | 21 |
| B. Primer contrato derivado de la homologación del año 2005..... | 22 |
| a. Precio..... | 22 |
| b. Logística..... | 23 |
| c. Necesidad, uniformidad, complementariedad y compatibilidad..... | 23 |
| C. Primer contrato derivado de la homologación del año 2008 | 23 |
| a. Precio..... | 23 |
| b. Logística..... | 23 |
| D. Primer contrato derivado del Acuerdo Marco 2011 | 24 |
| 4. Contratos derivados sucesivos (segundos y terceros contratos derivados)..... | 25 |
| IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO | 28 |
| 1. Tipicidad | 28 |
| A. Empleo de la prueba de presunciones..... | 30 |
| B. Existencia de una práctica concertada..... | 31 |
| a. Elementos probados que integran la práctica..... | 31 |
| - Mera apariencia de competencia en el primer contrato derivado de 2003..... | 31 |
| - Mera apariencia de competencia en el primer contrato derivado de 2005 y de 2008..... | 33 |
| - Comportamiento idéntico de todas las empresas en los primeros contratos derivados de las homologaciones y cambio simultáneo de estrategia..... | 33 |
| - Ausencia de competencia en todos contratos subsiguientes (2º y 3º) de las homologaciones | 34 |
| - El primer contrato derivado del AM 2011: circunstancias especiales en el curso 2012-2013..... | 36 |
| - Ausencia de competencia en los contratos subsiguientes (2º y 3º) del acuerdo marco | 36 |
| - Cambio en la conducta de las empresas desde los primeros contratos derivados al bloque integrado por los segundos y los terceros | 40 |
| - Conclusión..... | 41 |
| b. Nexo causal entre los elementos de la práctica y el objetivo pretendido | 43 |
| c. Posibles alternativas a la existencia de una práctica colusoria | 44 |
| - Análisis de la posible incidencia en las ofertas de las distancias entre las empresas y los centros escolares..... | 44 |
| - Justificación de la oferta logística | 46 |
| - Capacidad de las empresas. | 47 |
| - La capacidad productiva de las empresas como justificación de la conducta | 50 |
| - La relevancia de la capacidad de los menús transportados en caliente en la selección de los lotes | 52 |
| - Otras alegaciones..... | 55 |
| - Valoración global de las alternativas ofrecidas | 57 |
| d. Conclusión | 57 |
| C. Clasificación de la infracción..... | 58 |
| 2. Antijuridicidad..... | 59 |
| 3. Los efectos de la conducta típica y antijurídica en el mercado. | 59 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4. Responsabilidad | 61 |
| A. Culpabilidad..... | 61 |
| B. Prescripción..... | 64 |
| C. Confianza legítima..... | 66 |
| 5. Análisis de cuestiones procesales..... | 68 |
| A. Solicitud de práctica de pruebas al CVC..... | 68 |
| B. La inexistencia de propuesta de sanción en la propuesta de Resolución..... | 69 |
| C. Errores materiales | 71 |
| D. Respuesta a las alegaciones de instrucción irregular | 71 |
| 6. Determinación de la cuantía de la sanción..... | 73 |
| V. RESUELVE..... | 77 |

Pleno:

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Alfonso Gómez Fernández

1. El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, en su reunión celebrada el 4 de febrero de 2016, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 6/2013, Comedores Escolares.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

2. El 14 de octubre de 2013, tuvo entrada en el Registro de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) la denuncia presentada por el representante legal de la empresa COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. (CIF B82176983) (en adelante AIBAK) por actos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), contra las siguientes empresas¹ (folios 1 a 84):

- AUZO LAGUN S.COOP. (CIF F20032553), (en adelante AUZO LAGUN).
- COCINA CENTRAL GOÑI, S.L. (CIF B48419378), (en adelante GOÑI).
- COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. (CIF B01277268), (en adelante MAGUI).
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (CIF B80267420), (en adelante EUREST COLECTIVIDADES).
- TAMAR LAS ARENAS, S.A. (CIF A48239305), (en adelante TAMAR).
- GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L. (CIF B48164602), (en adelante GASCA).
- GASTRONOMÍA VASCA, S.A. (CIF A48145288), (en adelante BASKA).

¹ Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946> (todas las páginas web tienen fecha de última consulta 3 febrero de 2016).

Dichas conductas se referían a un supuesto acuerdo de reparto de mercado en las licitaciones públicas convocadas por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco para el suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a ese suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Gobierno Vasco.

3. El 5 de diciembre de 2013, se incorporó al expediente la documentación complementaria a la denuncia presentada por AIBAK enviada al correo electrónico infocompetencia@avdc.es (folios 85 a 181).

4. El 21 de marzo de 2014 la Dirección de Investigación de la AVC remitió a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) nota sucinta descriptiva de las conductas detectadas junto con su documentación soporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, manifestando la competencia de la AVC².

El 2 de abril de 2014 la CNMC remitió un oficio comunicando que, siguiendo la propuesta recibida, se consideraba competente para conocer del asunto a la AVC.

5. El 27 de noviembre de 2013 se acordó el inicio de una información reservada con el fin de constatar los hechos denunciados e investigar la existencia de indicios de infracción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC (folios 182 a 185).

En el seno de esa información reservada, el 25 de febrero de 2014 se solicitó información a la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco (en adelante Departamento de Educación) (folios 186 a 188).

En concreto se demandó la documentación obrante sobre las licitaciones públicas convocadas desde el año 2000, cuyo objeto haya sido el suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a ese suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Gobierno Vasco (tanto de los acuerdos de homologación, del acuerdo marco, como de los contratos derivados de los mismos).

La información solicitada se recibió entre el 17 de marzo y el 2 de abril de 2014 (folios 190 a 2551).

² Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, BOE nº 46, de 22 de febrero de 2002.

El 12 de mayo de 2014 se incorporó al expediente la documentación enviada en soporte CD por la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación (folios 1017 a 2355).

El 15 de mayo de 2014 se incorporó al expediente documentación obtenida del BOPV relativa a las adjudicaciones del concurso público que tiene por objeto el suministro de comidas preparadas, materias primas así como servicios afines a este suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación correspondientes a los cursos 2000-2001, 2001-2002 y 2002-2003 (folios 2552 a 2570).

El 6 de agosto de 2014 se emitió diligencia de incorporación al expediente de informes empresariales de las empresas TAMAR, GASCA, MAGUI, GOÑI, BASKA, EUREST COLECTIVIDADES y AUZO LAGUN (folios 2571 a 2845).

6. El 8 de agosto de 2014, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, se acordó la incoación de expediente sancionador por considerarse que existían indicios racionales de infracción de los artículos 1 y/o 3 de la LDC.

Los citados indicios hacían referencia a la existencia de un mecanismo de presentación de ofertas en el periodo 2003-2014 llevado a cabo por las empresas contra las que se incoa el expediente para repartirse el mercado afectado de suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a ese suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Gobierno Vasco (folios 2846 a 2853).

El procedimiento se incoó contra:

- AUZO LAGUN S.COOP. (CIF F20032553).
- COCINA CENTRAL GOÑI, S.L. (CIF B48419378).
- COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. (CIF B01277268).
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (CIF B80267420).
- TAMAR LAS ARENAS, S.A. (CIF A48239305).
- GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L. (CIF B48164602).
- GASTRONOMÍA VASCA, S.A. (CIF A48145288).

En la resolución de incoación se designó como instructoras del expediente a A.H.S. y Z.G.A.

Dicha resolución consideró como interesados en este expediente a las personas jurídicas contra las que se dirige el mismo, así como a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

7. El 8 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro general de la AVC el escrito firmado por D. J.A.F., en nombre y representación de AIBAK, en el que solicita que se acuerde tenerle por interesado en el expediente (folios 2979 a 3005). El 10 de septiembre de 2014 se acepta la solicitud (folios 3317 a 3318).

8. El 10 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la AVC el escrito presentado por el representante de la empresa EUREST COLECTIVIDADES, por el que se solicitaba la incorporación de la siguiente documentación al expediente (folios 3007 a 3316):

- Escritura de elevación a público de acuerdos sociales de poderes y revocación. Número dos mil quinientos cuatro.
- Escritura de elevación a público de acuerdos sociales de poderes y revocación. Número dos mil quinientos cinco.
- Escritura de elevación a público de acuerdos sociales de poderes y revocación. Número dos mil doscientos treinta y ocho.
- Escritura de elevación a público de acuerdos sociales de poderes y revocación. Número dos mil doscientos treinta y siete.
- Notificación de la Resolución de la Viceconsejera de Administración y Servicios, por la que se aprueba la sucesión de operador económico seleccionado en el acuerdo marco para el suministro de comidas preparadas para centros públicos con comedor.
- Escritura de segregación parcial de EUREST COLECTIVIDADES S.L.U. a favor de EUREST EUSKADI, S.L.U.

El mismo día se acordó declarar de oficio la confidencialidad de los documentos “Factura de un cliente de red privada al que sirve un adjudicatario de la red pública” (folio 85) y “Facturas de clientes de la red privada” (folios 88 a 172). Asimismo se ordena la incorporación al expediente de la versión censurada de los documentos declarados confidenciales y la formación de una pieza separada con la información declarada confidencial, denominada Pieza Separada nº 1 (folios 3319 a 3322).

El 26 de septiembre de 2014 BASKA presentó un recurso administrativo ante el CVC frente a la providencia de declaración de confidencialidad de 10 de septiembre de 2014 que se considera desestimado por silencio administrativo de acuerdo con la normativa procesal (folios 3468 a 3469).

9. El 7 de octubre de 2014 se emitió una providencia mediante la cual se solicitaba a la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación diversa información en relación al contrato derivado para el suministro de comidas preparadas para centros públicos con comedores de gestión directa convocado para el curso escolar 2014-2015 (tercer contrato derivado).

El 28 de octubre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la AVC la respuesta de la Directora de Gestión Económica del Departamento de Educación (folios 3480 a 3658).

10. El 16 de diciembre de 2014 la AVC resolvió ampliar la incoación del expediente. Se incorpora un elemento subjetivo; la empresa EUREST EUSKADI, S.L. (CIF B95682696) (en adelante EUREST EUSKADI). Se amplía

un elemento objetivo incorporando el tercer contrato derivado del Acuerdo Marco AMH/01/11 para el curso 2014/2015 (folios 3674 a 3680).

11. El 7 de julio de 2015, se dictó una resolución en la que, por razones organizativas, se sustituyó a la instructora A.H.S. por el instructor T.O.I. (folios 3714-3715).

12. El 9 de julio de 2015, se dictó una providencia de solicitud a la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación de la documentación administrativa relativa a la formalización de las prórrogas de los contratos del servicio de comedor de referencia durante los cursos 2011-2012 y 2012-2013.

13. El 9 de julio de 2015 se dictó una providencia de solicitud a la Asociación de Empresas de Restauración en COLECTIVIDADES de Euskadi (en adelante AERCE) de documentación relativa a la constitución de la Asociación, régimen de funcionamiento, requisitos de acceso, copia de las actas, estudios de mercado del sector en el caso de que dispongan de alguno y cuotas de mercado de las empresas asociadas (folios 3730 – 3731).

El 30 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro de la AVC escrito de AERCE, con la respuesta al requerimiento de información (folios 3803 – 3804).

La empresa denunciante AIBAK fue la última en darse de alta en la Asociación en el año 2007.

14. El mismo día 9 de julio se dictó una providencia de solicitud a cada una de las ocho empresas objeto del expediente de la siguiente documentación (folios 3733 - 3734):

- Información corporativa: servicios que ofrece su empresa, sede, delegaciones, ámbito geográfico de actuación, vinculaciones societarias y pertenencia a grupos empresariales y ubicación de las cocinas centrales.
- Facturación anual de su empresa en el mercado de restauración a COLECTIVIDADES: comedores escolares del País Vasco, con el desglose de la red pública y la red privada, en el periodo 2010-2014.
- En relación con las licitaciones convocadas desde 2003 por el Gobierno Vasco, cuyo objeto ha sido el suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a ese suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del departamento competente en educación, señale qué aspectos ha tenido en cuenta su empresa para seleccionar los lotes en los que ha licitado y para determinar el precio que ha ofertado para cada lote.
- Relación de centros escolares de la red privada de la CAE a los que su empresa ha suministrado el servicio de comedor escolar (menús, materias primas y servicios afines) en cada uno de los cursos: 2003-04, 2004-05, 2005-06, 2006-07, 2007-08, 2008-09, 2009-10, 2010-11, 2011-12, 2012-13, 2013-14 y 2014-2015, desglosado por Territorio Histórico.

El 5 de agosto de 2015 tuvo entrada en el Registro de la AVC un escrito de TAMAR en respuesta al requerimiento de información (folios 3805 – 3818).

El 7 de agosto de 2015 tuvieron entrada en el Registro de la AVC los escritos de GASCA, EUREST EUSKADI, EUREST COLECTIVIDADES y BASKA en contestación al requerimiento de información. Los tres escritos solicitaban expresamente la confidencialidad de parte de la información facilitada por entender que tenía carácter comercialmente sensible y que el resto de empresas competidoras no debieran conocerla (folios 3821 – 3993).

El 11 de agosto de 2015 tuvieron también entrada en el Registro de la AVC los escritos de MAGUI, GOÑI y AUZO LAGUN en respuesta al requerimiento de información. Estos escritos solicitaban expresamente la confidencialidad de parte de la información facilitada por entender que tenía carácter comercialmente sensible y que el resto de empresas competidoras no debieran conocerla (folios 3994 – 4074).

El 15 de septiembre de 2015 se dictan providencias individuales para cada una de las ocho empresas, por las que acuerda declarar confidencial parte de la información remitida a la AVC: por un lado, la facturación anual en el periodo 2010-2014 con desglose de la red pública y privada a la que prestan servicios y, por otro lado, la relación de centros de la red privada de la CAE a los que cada empresa ha suministrado servicio de comedor escolar desde el año 2003 al 2015. Asimismo se acuerda incorporar al expediente la versión censurada de los documentos declarados confidenciales y que se formen piezas separadas nº 2 a 9 con la información declarada confidencial (folios 4101–4139).

15. El 15 de septiembre de 2015 se realiza una nueva solicitud de información a las ocho empresas afectadas. Dejando de lado alguna aclaración específica a alguna empresa, la información requerida tiene por objeto conocer el desglose del precio del menú ofertado en un centro escolar público, incluyendo el beneficio, tanto del menú transportado en caliente, como del suministro de raciones de materia prima para cocinar *in situ*. Se solicita también la misma información respecto de los centros escolares privados a los que las empresas prestan servicios (folios 4097 a 4099) .El 22 de septiembre de 2015 se dicta una providencia aclaratoria por la que se especifica que el periodo respecto del que se solicita dicha información es el que discurre del año 2010 al 2014, ambos incluidos (folios 4140 – 4146; 4150 - 4151).

Los días 28 de septiembre de 2015, 5 de octubre y 7 de octubre se reciben en el Registro de la AVC los escritos de las ocho empresas remitiendo la documentación solicitada. Todas ellas solicitan que sea declarada confidencial por ser información sensible (folios 4156 – 4247).

Mediante respectivas providencias de 23 de octubre de 2015 se acordó para cada una de las empresas declarar confidenciales los desgloses de precios

requeridos. Se abrieron piezas separadas nº 10 al 16 para preservar dicha información (folios 4537 – 4575).

16. El 8 de octubre de 2015 tiene entrada en Zuzenean Donostia, Departamento de Administración Pública y Justicia, una documentación remitida por AIBAK relativa a la licitación por el procedimiento restringido para la “elaboración de comidas preparadas, entrega de materias primas, transporte de las mismas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en los centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, para los cursos escolares 2015-2016 y 2016-2017” (folios 4262 – 4484).

17. El 9 de octubre de 2015 se dicta el Pliego de Concreción de hechos (en adelante Pliego) que es notificado a todos los interesados (folios 4486 – 4528).

Los interesados presentaron sus alegaciones el 30 de octubre de 2015. En dichas alegaciones GASCA, BASKA y TAMAR propusieron la práctica de diversas pruebas y acompañaron las dos últimas diversa documentación sobre la que solicitan confidencialidad (folios 4607 – 4747).

18. El 23 de octubre de 2015 se dicta una providencia de requerimiento de información a la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación sobre los siguientes aspectos (folios 4576 – 4579):

“Indicar el número de centros con comedor escolar de gestión directa dependiente del Gobierno Vasco, por curso escolar y lote, desde el curso 2003-2004 hasta el curso 2014-2015.

Indicar el número de comensales de los comedores escolares de gestión directa, por curso escolar, desde el curso 2003-2004 hasta el curso 2014-2015.

Indicar los motivos por los que se producen incrementos significativos en la cuantía de los contratos en los diferentes cursos escolares, durante el periodo analizado desde el curso 2003-2004 hasta el curso 2014-2015.

Explíquense las razones de los incrementos por curso.”

El 13 de noviembre de 2015 tiene entrada en la AVC la respuesta de la Dirección de Gestión Económica del Departamento de Educación (folios 5.084 y 5.083).

19. El 1 de diciembre de 2015 se dictan providencias por las que se estima la confidencialidad de una parte de la documentación aportada por TAMAR (pieza 17) y BASKA (pieza 18) en sus escritos de alegaciones. Se dicta igualmente una providencia por la que se desestima la solicitud de confidencialidad presentada conjuntamente por EUREST EUSKADI y EUREST COLECTIVIDADES en su escrito de alegaciones al Pliego por considerar que

la información a la que afectaba no reviste carácter confidencial (folios 5086 – 5106).

20. El 4 de diciembre de 2015 se dicta una providencia de estimación y desestimación de la práctica de prueba (folios 5109 – 5122). En consecuencia se incorpora al expediente la siguiente documentación aportada por GASCA:

- Certificaciones norma UNE (Doc. 1),
- Respuestas de Gasca a las solicitudes de compromiso enviadas por el Departamento de Educación (Doc. 2).
- Convenio Colectivo de Hostelería de Vizcaya de 2012 (Doc. 3).
- Convenio colectivo de comedores escolares de gestión directa dependientes del Departamento de Educación (Doc. 4).
- Tríptico de los menús elaborados por GASCA a los colegios de la Ruta 1 (Doc. 5).
- Tríptico de los menús elaborados por GASCA a los colegios de la Ruta 2 (Doc. 6).
- Pliego de Cláusulas Administrativas del último Acuerdo Marco que regula los cursos escolares 2014/2015 y 2015/2016 en Cantabria (Doc. 7).
- Pliego de Cláusulas Técnicas del último Acuerdo Marco que regula los cursos escolares 2014/2015 y 2015/2016 en Cantabria (Doc. 8).

Se desestima el resto de la prueba propuesta por GASCA consistente en que se librase atento oficio al Parlamento Vasco para que se remitiese copia testimoniada del diario de sesiones correspondiente a las comparecencias ante dicha institución de AIBAK y Cristina Uriarte.

También se desestima la prueba propuesta por BASKA consistente en que se recabase del Departamento de Educación:

“Declaraciones de capacidad productiva que aportaron en su día las empresas para presentarse al acuerdo marco” a las que se hace referencia en la página segunda del acta de la Mesa de Contratación del Departamento de Educación, Universidades e Investigación de 18 de septiembre de 2012 que figura al folio 317 del expediente sancionador.

Cualquier otra documentación presentada en el seno del expediente de contratación del Acuerdo Marco de 2011, así como en licitaciones anteriores, en la que se indique cual era la capacidad real de producción de cada uno de los licitadores en cada una de las diferentes modalidades de prestación del servicio (in situ, transportado en frío y menú transportado en caliente).”

En el mismo sentido, se desestima la práctica de la prueba propuesta por TAMAR consistente en que:

“Se requiera al Departamento de Educación del Gobierno Vasco para que remita para su incorporación al expediente las condiciones del Acuerdo Marco de 2015 y sus contratos derivados, junto con toda la documentación e información de cualquier naturaleza obrante en la Administración que comprenda desde inicio de la toma de decisión para su consideración, estudio, redacción, trabajos, documentos, actas de reuniones y comunicaciones, tramitación administrativa completa, hasta su aprobación.”

Por último, se estima la incorporación al expediente de las cuatro facturas aportadas por TAMAR junto con el escrito de alegaciones al Pliego.

21. El 14 de diciembre de 2015 se dicta la providencia del cierre de la fase de instrucción, con el fin de redactar la Propuesta de Resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC)³ (folios 5123 – 5125).

22. El 22 de diciembre de 2015 se dictó la Propuesta de Resolución que fue notificada a los interesados concediendo un plazo de 15 días para alegaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC. Algunas empresas solicitaron una ampliación de plazo que fue denegada al considerarse injustificada (folios 5134 – 5250).

23. El 19 de enero de 2015 se remitió al CVC el expediente administrativo acompañado de la correspondiente Propuesta de Resolución y de un informe en el que se señala que todas las empresas objeto del expediente sancionador han presentado alegaciones a la citada propuesta aunque éstas no desvirtúan las conclusiones que en aquella se habían alcanzado. Por ello reiteran su propuesta.

II. LAS EMPRESAS

24. AUZO LAGUN S.COOP (CIF F20032553) es la cabeza de un grupo empresarial que engloba a otras dos de las empresas afectadas por este expediente: GOÑI y MAGUI.

AUZO LAGUN es una de las cooperativas autónomas que integran la Corporación Mondragón⁴. En el área de distribución, trabaja bajo la marca comercial Ausolan⁵.

Posee cocinas centrales en Arrasate e Irún. Emplea una cocina de un colegio en San Sebastián. Ofrece servicios de restauración a colectividades, limpieza y

³ Real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.

⁴ AUZO LAGUN tiene domicilio en Avenida Uribarri, 35, Arrasate-Mondragón (Gipuzkoa).

⁵ Fuente, AUSOLAN, información pública contenida en su página web <http://www.ausolan.com/es/ambito-geografico> Forman parte de Ausolan además de GOÑI y MAGUI, las empresas ADARA, S.L. y CECOC CUINATS que cubren la zona de Cataluña, JANGARRIA, S.L. (Navarra), COMISLAGUN, S.L. (Levante), GESLAGUN, S.L. (Madrid), IGMO (Castilla y León) y ALPRINSA (Cantabria, Asturias y Galicia).

otros servicios auxiliares y ocupa el 4º puesto en el ranking del sector a nivel nacional⁶.

En la actualidad tanto COCINA CENTRAL GOÑI S.L. (CIF B48419378) como COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. (CIF B01277268) pertenecen al grupo Ausolan y su administrador único es AUZO LAGUN⁷. Ofrecen servicios de restauración a colectividades.

AUZO LAGUN adquirió la empresa GOÑI el 27 de febrero de 2004. La composición del capital social de GOÑI es la siguiente: AUZO LAGUN es propietaria en un 99,98% y GESLAGUN S.L. en el 0,02% restante. A su vez, AUZO LAGUN es también el único socio y administrador único de GESLAGUN por lo que se puede deducir que AUZO LAGUN controla por completo GOÑI al poseer directa o indirectamente el 100% de su capital social y ser su administrador único.

MAGUI fue adquirida el 19 de enero de 2011 por GOÑI en un 99,98% y por AUZO LAGUN en el 0,02% restante.

Por consiguiente, GOÑI es filial y depende de AUZO LAGUN, su empresa matriz, desde el 27 de febrero de 2004 y MAGUI es filial y depende indirectamente también de AUZO LAGUN, a través de GOÑI, desde el 19 de enero de 2011.

GOÑI tiene las cocinas centrales en Erandio (Bizkaia) y MAGUI en Vitoria.

25. EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (CIF B80267420) ofrece servicios de restauración para colectividades, limpieza, jardinería, mantenimiento, seguridad y servicios auxiliares⁸.

Pertenece a la multinacional británica COMPASS GROUP. EUREST cuenta con delegaciones en Madrid, Barcelona, Bilbao, Valencia, Palma de Mallorca y Canarias.

EUREST EUSKADI, S.L. (CIF B95682696) ofrece servicios de restauración a colectividades y otros servicios auxiliares⁹.

⁶ Fuente, AUSOLAN, información pública contenida en su página web <http://www.ausolan.com/es/sobre-ausolan>

⁷ Goñi tiene domicilio en Ribera de Axpe, 38, Erandio (Bizkaia). Magui tiene domicilio en Larragana, 12 - Pabellón 1, Vitoria-Gasteiz (Álava). Fuente, AUSOLAN, información pública contenida en su página web <http://www.ausolan.com/es/ambito-geografico/pais-vasco>

⁸ EUREST tiene domicilio en Pinar de San José, 98 (Madrid). Fuente, EUREST, información pública contenida en su página web <http://www.EUREST.es/>

⁹ EUREST Euskadi tiene domicilio en Polígono Ugaldeguren, 1 Parcela 7, Derio (Bizkaia), Fuente, COMPASS-GROUP, información pública contenida en su página web <http://www.compass-group.es/quienes-somos/EUREST-euskadi.htm>

El 30 de diciembre de 2013 EUREST COLECTIVIDADES S.L segregó una rama de su actividad a favor de la empresa EUREST EUSKADI, S.L. Por medio de esa segregación se realizó el traspaso por sucesión universal del negocio de restauración que EUREST colectividades realizaba en la CAE a favor de EUREST Euskadi. EUREST EUSKADI está participada al 100% por EUREST COLECTIVIDADES.

El Gobierno Vasco aceptó la subrogación de EUREST EUSKADI en la posición jurídica de EUREST Colectividades respecto de las licitaciones públicas afectadas, por medio de Resolución de 3 de abril de 2014 (folios 3243 a 3238).

Dispone de cocinas centrales en Derio (Bizkaia).

26. TAMAR LAS ARENAS, S.A. (CIF A48239305) ofrece servicios de restauración colectiva, servicios para instalaciones y diseño de proyectos e instalaciones¹⁰.

Cuenta con tres cocinas centrales ubicadas en Zamudio (Bizkaia), Madrid y Valencia.

27. GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L. (CIF B48164602) ofrece servicios de restauración colectiva y servicios auxiliares¹¹.

Dispone de cocinas centrales en Amorebieta (Bizkaia) y Jundiz (Álava).

28. GASTRONOMÍA VASCA, S.A. (CIF A48145288) pertenece al Grupo SONOCAPOLIN, cuya matriz es SOCAPOLIN, S. L., que posee el 100% de las acciones de la sociedad¹². Ofrece servicios de restauración a colectividades y dispone de cocinas centrales en Amorebieta (Bizkaia) y Aragón.

III. HECHOS PROBADOS

1. Cuestiones generales que describen el proceso de contratación

29. Las conductas analizadas en este expediente afectan a los servicios de restauración colectiva prestados a centros públicos de enseñanza con

¹⁰ TAMAR tiene domicilio en Polígono Ugaldeguren I, Parcela 1-III-C Zamudio (Bizkaia). Fuente, TAMAR Colectividades, información pública contenida en su página web <http://TAMARCOLECTIVIDADES.com/>

¹¹ GASCA tiene domicilio en C/ Polígono Arriagane, Parcela 11 A Amorebieta (Bizkaia). Fuente, Grupo GASCA, información pública contenida en su página web <http://www.grupoGASCA.com/>

¹² Tiene domicilio en Artiz Bidea, 75 Polígono Belako, Mungia (Bizkaia). Fuente, Gastronomía BASKA, información pública contenida en su página web <http://www.gastronomiaBASKA.com/index.php>

comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación del Gobierno Vasco¹³.

Estos servicios de restauración colectiva o servicio de comedor consisten, bien en el suministro de materias primas para la elaboración de la comida *in situ* en el centro escolar, o bien en el suministro de comida elaborada en la empresa y transportada al centro, en frío o en caliente. Las empresas adjudicatarias del servicio son las encargadas de contratar el personal de cocina y *office* y los monitores de comedor según los parámetros establecidos por el Gobierno Vasco.

El Departamento de Educación del Gobierno Vasco tramita los expedientes de contratación para prestar el servicio descrito. Una vez que el contrato se ha adjudicado a una determinada empresa son los centros de enseñanza los que gestionan el cobro de cuotas a los alumnos y los pagos a las empresas prestadoras del servicio.

30. La cantidad consignada en presupuestos para las licitaciones realizadas por el Departamento de Educación para ofrecer el servicio de comedor en los comedores escolares de gestión directa, desde el curso 2003/04 hasta el curso 2014/15, asciende a 781,15 millones de euros. Se recogen las cifras desglosadas por curso en el siguiente cuadro:

| CURSOS | PRESUPUESTO POR CURSO |
|--------------|-----------------------|
| 2003-2004 | 28.734.943,48 |
| 2004-2005 | 32.335.298,98 |
| 2005-2006 | 41.907.497,64 |
| 2006-2007 | 48.798.908,08 |
| 2007-2008 | 57.858.987,87 |
| 2008-2009 | 77.950.207,34 |
| 2009-2010 | 88.413.949,13 |
| 2010-2011 | 95.434.876,00 |
| 2011-2012 | 95.434.876,00 |
| 2012-2013 | 92.771.802,00 |
| 2013-2014 | 92.800.000,00 |
| 2014-2015 | 92.800.000,00 |
| TOTAL | 845.241.346,51 |

Este gasto está cofinanciado por el Gobierno Vasco y las familias de los alumnos (el gasto de los comedores escolares gestionados de este modo se cubre en aproximadamente un 35% por el Gobierno y en un 65% por las

¹³ Los Comedores Escolares de Gestión Directa son aquéllos en los que la prestación del servicio se realiza a través del propio centro docente, en los términos establecidos en el Capítulo II de la Orden 22 de marzo de 2000, del Consejero de Educación, Universidades e Investigación, por la que se regulan los comedores escolares de los centros docentes públicos. (BOPV nº 61 de 28 de marzo de 2000). (Accesible en la página web del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, en el siguiente url: http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-573/es/contenidos/informacion/dij3/es_2099/adjuntos/ORDEN%20DE%2022%20DE%20MARZO%20DE%202000.pdf).

familias de los estudiantes)¹⁴. Es decir, el gasto cubierto por el Gobierno Vasco ascendería a unos 273,40 millones de euros¹⁵.

31. Los centros escolares donde se prestan los servicios de restauración se agrupan en lotes atendiendo a la ubicación geográfica.

La administración realiza la contratación de los servicios empleando un procedimiento integrado por dos fases: La homologación y el contrato marco (que tiene lugar respectivamente cada tres o cuatro años) y los contratos derivados de los anteriores (que tienen lugar anualmente)¹⁶.

La primera fase está integrada por las homologaciones que se han llevado a cabo en los años 2003, 2005 y 2008 y el contrato marco (que sustituye a la homologación) en el año 2011. En esta fase las empresas deben superar un procedimiento abierto de homologación para cada uno de los lotes. En ese procedimiento se valora la adecuación de cada empresa para realizar la prestación del servicio en cada uno de los lotes en que veremos que se organiza el servicio a un precio máximo que ofrece cada una de ellas en las homologaciones (años 2003, 2005 y 2008). En el acuerdo marco de 2011 el precio máximo de homologación es idéntico para todas las empresas y lo fija el Gobierno Vasco.

La segunda fase -de contratos derivados- supone la apertura de procesos de licitación anuales por lote. En cada lote tan solo pueden presentar ofertas las empresas que han recibido la homologación en la primera fase.

En resumen, la primera fase se emplea para determinar la capacidad de las empresas para prestar servicios en los diferentes lotes y la segunda sirve para seleccionar la empresa concreta que prestará el servicio.

¹⁴ Esta participación presupuestaria del Gobierno se realiza de manera independiente del servicio de becas para estudiantes o familias con recursos reducidos. Es decir, el Gobierno Vasco cofinancia el gasto de comedores de todas las familias, independientemente de sus recursos.

¹⁵ Circular de la Viceconsejera de Administración y Servicios por la que se emiten instrucciones para el funcionamiento de comedores escolares en régimen de gestión directa, a partir del curso escolar 2012/2013. Las cuotas de los comensales son las siguientes: a) Alumno/a comensal habitual: 4,60 €; b) Alumno/a comensal habitual con derecho a transporte: 3,30 €; c) Alumno/a comensal eventual: 5,20 €; d) Resto de usuarios/as: 8,10 €.

¹⁶ Este cambio es debido a que en los procesos de homologación se aplicó el Decreto 136/1996, de 5 de junio, sobre régimen de la contratación de la Administración de la CAE, que establecía un plazo máximo de tres ejercicios presupuestarios (artículo 12.6), mientras que en el caso del Acuerdo Marco se aplicó el nuevo procedimiento establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que permitía un plazo de cuatro años (artículo 196). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE nº 276, de 16 de noviembre de 2011.

32. A lo largo del período analizado en este expediente se ha producido una modificación puntual de la configuración de los lotes.

Desde el año 2003 a 2011 el servicio a prestar está estructurado en 8 lotes. A partir del año 2011 la prestación se reordena en 10 lotes. Esta reorganización implica que los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 permanecen esencialmente iguales. Los lotes 6 y 7 de las homologaciones se reordenan en los nuevos lotes 6, 7 y 8 del Acuerdo Marco. El lote 8 de las homologaciones se divide en los lotes 9 y 10 del Acuerdo Marco¹⁷.

| Homologaciones en los años 2003, 2005 y 2008 (8 lotes) | Acuerdo Marco año 2011 (10 lotes) |
|--------------------------------------------------------|-----------------------------------|
| Lote 1 | Lote 1 |
| Lote 2 | Lote 2 |
| Lote 3 | Lote 3 |
| Lote 4 | Lote 4 |
| Lote 5 | Lote 5 |
| Lotes 6 y 7 | Lotes 6, 7 y 8 |
| Lote 8 | Lotes 9 y 10 |

33. Las empresas deben acreditar, como requisito de solvencia, un mínimo de capacidad productiva -medida en términos de producción de menús por día- para cada lote.

| Capacidad productiva requerida a las empresas medida en menú/día | | | | |
|------------------------------------------------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|--------------------|
| | Homologación 2003 | Homologación 2005 | Homologación 2008 | Acuerdo Marco 2011 |
| Lote 1 | 5.500 | 5.000 | 5.000 | 8.000 |
| Lote 2 | 5.500 | 5.000 | 5.000 | 8.000 |
| Lote 3 | 5.000 | 4.500 | 4.500 | 8.000 |
| Lote 4 | 6.000 | 6.000 | 6.000 | 8.000 |
| Lote 5 | 6.000 | 5.500 | 5.500 | 8.000 |
| Lote 6 | 5.000 | 4.500 | 4.500 | 8.000 |
| Lote 7 | 7.500 | 7.000 | 7.000 | 8.000 |
| Lote 8 | 4.000 | 4.500 | 4.500 | 8.000 |

¹⁷ A título ilustrativo se relacionan los municipios donde se encuentran los colegios públicos de la homologación del Acuerdo Marco del año 2011. **LOTE 1:** Abanto y Zierbena, Artzentales, Balmaseda, Gordexola, Gueñes, Karrantza, Muskiz, Ortuella, Portugalete, Santurtzi, Sestao, Sopuerta, Trucios, Trapagaran y Zalla; **LOTE 2:** Alonsotegi, Barakaldo y Bilbao; **LOTE 3:** Berango, Getxo, Gorliz, Leioa, Lemoiz, Plentzia, Sopelana y Urduliz; **LOTE 4:** Amoroto, Arratzu, Aulesti, Bakio, Bermeo, Bilbao, Busturia, Derio, Erandio, Gatika, Gaategiz-Arteaga, Gernika-Lumo, Ispaster, Laukiz, Lekeitio, Lezama, Mundaka, Mungia, Munitibar, Muxika, Sondika y Zamudio; **LOTE 5:** Amorebieta, Areatza, Arrankudiaga, Arrigorriaga, Artea, Basauri, Dima, Etxebarri, Galdakao, Igorre, Lemoa, Orozko, Ugao-Miraballes, Zaratamo, Zeanuri y Zeberio; **LOTE 6:** Abadiño, Atxondo, Berriatua, Berriz, Durango, Elorrio, Ermua, Etxebarri, Iurreta, Mallabia, Markina, Ondarroa, Zaldivar, Aia, Aizarnazabal, Antzuola, Aretxabaleta, Arrasate, Azkoitia, Azpeitia, Bergara, Deba, Eibar, Elgeta, Elgoibar, Errezil, Eskoriatza, Mendaro, Mutriku, Oñati, Orio, Soraluze, Zarautz, Zestoa y Zumaia; **LOTE 7:** Abaltzisketa, Aduna, Albiztur, Alegia, Alkiza, Altzo, Amezketza, Andoain, Asteasu, Ataun, Beasain, Berastegi, Berrobi, Bidegoian, Donostia, Gabiria, Hernani, Idiazabal, Ikaztegieta, Itsasondo, Lasarte, Legazpi, Legorreta, Lizartza, Olaberria, Ordizia, Ormaiztegi, Segura, Tolosa, Urnieta, Urretxu, Usurbil, Villabona, Zaldibia, Zegama, Zerain, Zizurkil; **LOTE 8:** Donostia, Errenteria, Hondarribia, Irun Lezo Oiarzun, Pasaia, Zarautz; **LOTE 9:** Aiara, Amurrio, Arrazua, Artziniega, Llodio, Okondo, Urkabustaiz, Vitoria-Gasteiz, Zigoitia, Zuia, Otxandio y Urduña; **LOTE 10:** Agurain, Alegria-Dulantzi, Aramaio, Arraia-Maeztu, Asparrena, Elciego, Erribera Beitia, Iruña-Oca, Kanpezu, Labastida, Laguardia, Lantziego, Legutiano, Oion, Valdegovia, Vitoria-Gasteiz.

| | | | | |
|---------|---|---|---|-------|
| Lote 9 | - | - | - | 6.000 |
| Lote 10 | - | - | - | 6.000 |

En las homologaciones de 2003, 2005 y 2008 las correspondientes carátulas del pliego de cláusulas administrativas particulares establecen que las empresas deberán acreditar el “mínimo de capacidad de producción diaria” establecido para cada lote, que es el que se incluye en el cuadro superior.

En las homologaciones 2003 y 2005 se especifica que deberá acreditarse la capacidad de producción diaria medida en número de “menús/día transportados”.

En la homologación 2008 se señala que deberá acreditarse la capacidad de producción diaria y mantenida medida en “número de menús día con carácter de servicio regular a colectividades”.

En el Acuerdo Marco de 2011 se señala que para acreditar la solvencia técnica las empresas deberán contar con la “capacidad productiva mínima por lote”.

Ninguna de estas licitaciones discrimina cuántos menús en caliente se requeridos en cada lote respecto de menús refrigerados.

34. El presupuesto asignado a cada lote por curso es el siguiente.

| Presupuesto de lotes por curso escolar (IVA incluido) | | | | | | |
|-------------------------------------------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| LOTE | 2003/2004 | 2004/2005 | 2005/2006 | 2006/2007 | 2007/2008 | 2008/2009 |
| LOTE 1 | 3.291.500,79 | 3.447.675,03 | 4.558.382,89 | 5.312.281,21 | 5.858.987,87 | 7.771.635,67 |
| LOTE 2 | 3.902.064,22 | 4.687.994,68 | 6.095.613,58 | 7.058.650,92 | 7.842.830,75 | 10.375.172,60 |
| LOTE 3 | 3.366.244,81 | 3.518.445,75 | 4.441.211,30 | 5.136.668,61 | 5.783.898,49 | 7.732.660,57 |
| LOTE4 | 4.279.075,90 | 5.057.617,51 | 6.791.798,52 | 7.707.441,97 | 8.739.319,52 | 11.544.425,70 |
| LOTE 5 | 4.071.518,85 | 4.259.000,52 | 5.420.445,70 | 6.341.566,18 | 6.928.990,59 | 9.104.584,22 |
| LOTE 6 | 2.853.753,47 | 2.159.127,02 | 3.797.951,44 | 4.575.683,91 | 5.315.310,81 | 7.257.164,30 |
| LOTE 7 | 4.869.132,80 | 6.247.517,44 | 6.778.033,47 | 7.824.517,04 | 11.104.893,10 | 14.989.824,90 |
| LOTE 8 | 2.101.652,64 | 2.946.239,10 | 4.024.060,74 | 4.824.468,43 | 6.263.853,76 | 9.174.739,40 |
| TOTAL | 28.734.943,48 | 32.323.617,05 | 41.907.497,64 | 48.781.278,27 | 57.838.084,89 | 77.950.207,36 |
| LOTE | 2009/2010 | 2010/2011 | 2011/2012 | 2012/2013 | 2013/2014 | 2014/2015 |
| LOTE 1 | 8.072.157,93 | 8.951.791,37 | no se adjudica | 8.147.497,97 | 7.925.120,00 | 7.925.120,00 |
| LOTE 2 | 10.724.564,70 | 11.328.119,78 | | 11.049.771,02 | 11.108.160,00 | 11.108.160,00 |
| LOTE 3 | 7.621.248,78 | 7.921.094,71 | | 7.192.319,49 | 6.997.120,00 | 6.997.120,00 |
| LOTE4 | 13.253.192,49 | 13.761.709,12 | | 12.702.964,53 | 12.778.560,00 | 12.778.560,00 |
| LOTE 5 | 9.044.707,08 | 9.638.922,48 | | 8.882.250,64 | 8.843.840,00 | 8.843.840,00 |
| LOTE 6 | 11.316.935,55 | 11.051.358,64 | | 10.722.438,69 | 10.616.320,00 | 10.616.320,00 |
| LOTE 7 | 17.161.071,79 | 20.518.498,34 | | 11.347.713,22 | 9.335.680,00 | 9.335.680,00 |
| LOTE 8 | 11.219.680,63 | 12.263.381,57 | | 9.471.889,67 | 11.794.880,00 | 11.794.880,00 |
| LOTE 9 | | | | 5.581.925,32 | 6.069.120,00 | 6.069.120,00 |
| LOTE 10 | | | | 7.673.031,44 | 7.331.200,00 | 7.331.200,00 |
| TOTAL | 88.413.558,95 | 95.434.876,01 | | 92.771.801,99 | 92.800.000,00 | 92.800.000,00 |

2. Resultado de las homologaciones

35. Las **empresas homologadas** en el periodo 2003-2014 han sido, sin variación alguna, AUZO LAGUN, GOÑI, MAGUI, BASKA, EUREST, GASCA y TAMAR¹⁸.

La capacidad productiva acreditada por cada una de ellas se recoge en el siguiente cuadro:

¹⁸ Las siguientes empresas han solicitado -a lo largo del periodo analizado- la homologación, sin haberlo conseguido: SERAL; ETXEKO JANAK (actual AIBAK); AIBAK; UTE BRASSICA GROUP, SA-TECNOGOURMET, SL; planta de Jundiz de la empresa GASCA. Los motivos de su exclusión han sido la no superación de los requisitos de solvencia técnica, económica y financiera; o de capacidad productiva, o la no superación de la auditoría higiénico-sanitaria.

| Capacidad productiva acreditada por las empresas medida en menú/día | | | | |
|---------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|-------------------|--------------------------------|--------------------|
| | Homologación 2003 ¹⁹ | Homologación 2005 | Homologación 2008 | Acuerdo Marco 2011 |
| | Menús día transportados ²⁰ | | Menús día con carácter regular | Menús/día |
| TAMAR | 6.000 | 6.250 | 5.800 | 9.000 |
| EUREST | 6.000 | 5.200 | 7.500 | 11.000 |
| GONI | 6.000 | 5.200 | 6.100 | 11.000 |
| BASKA | 6.000 | 7.100 | 9.700 | 21.820 |
| GASCA | 7.500 | 6.500 | 8.700 | 17.000 |
| AUZO LAGUN | 12.500 | 17.300 | 22.000 | 28.000 |
| MAGUI | 4.000 | 4.600 | 5.500 | 14.000 |

No se hace referencia a la capacidad de las empresas diferenciando si la homologación lo es para menús en caliente o refrigerados. En 2005 y 2008 la capacidad acreditada se refiere a menús día transportados (en caliente y refrigerado ya que no se realiza la distinción en el Pliego de la licitación); el pliego no discrimina en la acreditación de la capacidad productiva por tipo de menú.

En 2011 la capacidad acreditada se refiere a la capacidad productiva mínima por lote, sin ninguna distinción.

36. Las homologaciones analizadas en este expediente tuvieron el siguiente resultado:

| LOTES EN LOS QUE CADA EMPRESA HA RESULTADO HOMOLOGADA | | | | |
|-------------------------------------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|----------------------|
| EMPRESAS | HOMOLOGACIÓN 2003 | HOMOLOGACIÓN 2005 | HOMOLOGACIÓN 2008 | ACUERDO MARCO 2011 |
| TAMAR | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-5 | 1-2-3-4-5 |
| EUREST | 1-2-3-4-5 | 1-2-3 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8-9 |
| GOÑI | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-6-8 | 1-2-3-6-8 | 1-2-3-4-5-6 |
| BASKA | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 |
| GASCA | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 |
| AUZO LAGUN | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 |
| MAGUI | 8 | 8 | 8 | 9-10 |

La homologación obtenida por una empresa en un determinado lote le habilita para presentarse a las licitaciones para los subsiguientes contratos derivados referidos a ese lote.

El hecho de que una empresa se homologue para varios lotes no implica que tenga capacidad para realizar la prestación en todos ellos **de forma simultánea**. De hecho, en función del número de comidas por lote las empresas declaran tener capacidad para ejecutar simultáneamente entre uno y cuatro lotes.

¹⁹ No consta en el expediente la capacidad productiva acreditada por las empresas en este año, sin embargo, se infiere que, como mínimo, tienen capacidad para ejecutar los lotes en los que están homologadas.

²⁰ En las homologaciones de los años 2005 y 2008 se les pide acreditación de la capacidad productiva basada en los menús/día transportados, sin embargo en 2011 no se hace tal distinción en los pliegos y la capacidad acreditada incluye los menús/día transportado y los menú/día cocinados *in situ*.

La comparación de ambas tablas muestra que las empresas a las que se incoa expediente tienen capacidad homologada de presentar ofertas en una pluralidad de lotes -a excepción de MAGUI hasta el 2013-.

3. Los primeros contratos derivados

37. En los primeros contratos derivados de cada homologación (esto es, los correspondientes a los cursos 2003-04, 2005-06 y 2008-09) las empresas presentan sus ofertas a casi todos los lotes para los que han sido homologadas²¹. Todas las empresas, a excepción de MAGUI, presentan ofertas a un número de lotes cuya ejecución simultánea exigiría a cada empresa una capacidad productiva superior a la acreditada²². Es decir, si una empresa fuese seleccionada por la administración en todos los lotes a los que presenta oferta, no tendría capacidad para ejecutarlos todos, lo cual no genera problema alguno siempre que la administración establezca con claridad y de manera objetiva y previsible para las partes el sistema de selección del adjudicatario.

38. En todos estos primeros contratos derivados de cada homologación (es decir los contratos derivados de los años 2003, 2005 y 2008) cada empresa presenta la oferta más competitiva, de entre las presentadas, siempre al mismo lote.

Este lote es el que cada empresa ejecutará a lo largo de todo el periodo analizado.

A. Primer contrato derivado de la homologación del año 2003

39. En la licitación al primer contrato derivado de la homologación del 2003 (el correspondiente al curso escolar 2003-2004) todas las empresas presentan ofertas a **todos** los lotes para los que están homologadas.

Los criterios de adjudicación son el precio (que puntúa un máximo de 70 puntos) y la logística (que puntúa como máximo 30 puntos).

²¹ La poco precisa expresión “casi” se mantiene dado que la situación descrita se produce en todos los supuestos menos en uno. En el primer contrato derivado de la homologación 2008 BASKA y GASCA están homologadas en todos los lotes, sin embargo BASKA, se presenta a los lotes 2, 4 y 5 y GASCA se presenta a los lotes 1, 2, 3, 4 y 5.

²² MAGUI únicamente está homologada para el lote 8 hasta 2010 y lotes 9 y 10 a partir de 2011 y se presenta a ellos.

a. Precio

40. El precio máximo al que puede licitar cada empresa es su precio de homologación en cada lote.

Todas las empresas hacen el esfuerzo de ofertar el mejor precio respecto de sus competidoras únicamente en el lote que venían ejecutando en los cursos anteriores. Ese es el lote que se le adjudica a cada una de ellas, al menos, desde el año 2000.

41. TAMAR realiza ofertas en los lotes 1, 2, 3, 4 y 5, todos aquéllos en los que está homologada. Todos corresponden a centros escolares de Bizkaia.

Los lotes a los que esta empresa presenta sus ofertas incluyen 4, 5 ó 6 rutas. A pesar de estas diferencias en logística, la empresa ofrece un precio idéntico por menú en todos los casos.

En el lote 1 su precio es el más bajo en relación con las ofertas realizadas por las otras empresas.

Se le adjudica el lote 1, que coincide con el lote que venía realizando en cursos anteriores.

42. EUREST realiza ofertas en los lotes 1, 2, 3, 4 y 5, **todos** aquéllos en los que está homologada. Todos corresponden a centros escolares de Bizkaia.

El precio que oferta es coincidente en los lotes 1, 3, 4 y 5 y más alto que el ofrecido en el lote 2 (que se le adjudica). La reducción del precio en este lote 2 se realiza en todos los conceptos excepto en el suministro de raciones para cocinar *in situ*.

El precio ofertado no guarda ninguna relación con su oferta logística ya que no varía relativamente en función del número de rutas planteadas en cada uno de los lotes.

43. BASKA presenta oferta en los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 de Bizkaia (todos los lotes en los que está homologada), en el lote 6 (mixto de Bizkaia y Gipuzkoa) y en el lote 8 de Álava.

BASKA oferta el mismo precio en los lotes 1, 2, 3 y 5 de Bizkaia, un precio más elevado en el lote 8, el precio más alto en el lote 6 –en todos los conceptos– y el más bajo en el lote 4.

La disminución de precio de la oferta en el lote 4 se debe exclusivamente al precio hora/monitor y precio hora/office a pesar de que a los 5 lotes de Bizkaia se les aplica el mismo convenio colectivo.

El precio ofertado no guarda ninguna relación con su oferta logística ya que no varía relativamente en función del número de rutas planteadas: 8 rutas en el lote 4 frente a las 6 ó 7 rutas del resto de lotes.

44. GASCA presenta oferta en todos los lotes.

Oferta el precio más alto en todos los conceptos en los lotes 6, 7 y 8, un precio más bajo en los lotes de Bizkaia 1, 2, 3 y 4 y el precio más bajo en el lote 5, también de Bizkaia, que le es adjudicado.

Nuevamente la disminución del precio se debe al precio hora/monitor y precio hora/office a pesar de la identidad de convenio colectivo que afecta a los lotes de Bizkaia.

El precio ofertado no guarda ninguna relación con su oferta logística ya que no varía relativamente en función del número de rutas planteadas: 7 rutas en los lotes 1 a 5, 6 rutas en el lote 6 y 8 rutas en el lote 7.

45. AUZO LAGUN presenta oferta en todos los lotes.

En los lotes que se adjudica (6 y 7) no presenta el precio más bajo que podría presentar (en comparación con sus otras ofertas) a la luz de lo realizado en los lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 8.

El precio ofertado no guarda ninguna relación con su oferta logística ya que no varía relativamente en función del número de rutas planteadas: 8 rutas en el lote 7 frente a las 4 ó 5 rutas del resto de lotes.

46. MAGUI oferta en el lote que está homologada, el 8, por debajo de su precio máximo de licitación.

47. GOÑI presenta oferta en los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 de Bizkaia, en el lote 6 (mixto de Bizkaia y Gipuzkoa) y en el lote 8 de Álava.

GOÑI oferta el mismo precio en los lotes 1, 2, 4, 5 y 8. Oferta su precio más alto en el lote 6 y su precio más bajo –debido al precio suministro comida en caliente, suministro materia prima, precio hora/monitor y precio hora/office– en el lote 3, que se le adjudica.

El número de rutas planificadas es el mismo en los lotes 1 a 5. GOÑI no realiza oferta logística en los lotes 6 y 8, luego no compite en los mismos.

b. Logística

48. En este punto se valora que en las rutas propuestas por las empresas para cada uno de los lotes, la hora de salida desde las cocinas centrales y la hora de

llegada al último centro de la ruta sean lo más cercanas posible a la hora en que hay que servir la comida²³.

49. Todas las empresas realizan su mejor oferta logística, comparativamente con el resto de las empresas, en el lote que vienen ejecutando en los cursos anteriores. Cada una de las empresas obtiene la puntuación máxima en ese lote.

50. Por consiguiente cada empresa obtiene la mejor puntuación - comparativamente con el resto de las empresas ofertantes al mismo lote- en el lote que ha ejecutado desde el año 2000, tanto en precio como en logística.

La selección de ese lote en concreto no está justificada ni desde el punto de vista logístico ni presupuestario, tal y como se desprende del análisis realizado en los puntos 53 a 62 del pliego.

B. Primer contrato derivado de la homologación del año 2005

51. En el primer contrato derivado de la homologación 2005, correspondiente al curso escolar 2005-06, todas las empresas realizan ofertas en todos los lotes para los que están homologadas.

Los criterios de adjudicación son el precio (70 puntos), la logística (25 puntos) y la necesidad, uniformidad, complementariedad (5 puntos).

a. Precio

52. TAMAR, EUREST, GOÑI, AUZO LAGUN, BASKA y GASCA ofertan su precio máximo de homologación en todos los lotes excepto en el lote que han ejecutado en los cursos anteriores, en el que bajan el precio. En los lotes que tradicionalmente ejecutan todas las empresas presentan ofertas por debajo del máximo de homologación del resto de empresas homologadas.

MAGUI, del mismo modo, ofrece un precio (por debajo de su precio máximo de homologación) inferior al precio de homologación del resto de las empresas en el lote 8.

En consecuencia, todas las empresas han ofertado un precio más bajo de su máximo de homologación exclusivamente en el lote que han ejecutado en los cursos anteriores.

²³ El objeto es garantizar que la comida llegue a la temperatura adecuada.

b. Logística

53. En logística se valora que en las rutas propuestas por las empresas para cada uno de los lotes, la hora de salida desde las cocinas centrales y la hora de llegada al último centro de la ruta sea lo más tardía posible.

Todas las empresas realizan la mejor oferta logística, comparativamente con el resto de las empresas, en el lote que vienen ejecutando los cursos anteriores. Cada una de las empresas obtiene el máximo de 25 puntos en ese lote.

c. Necesidad, uniformidad, complementariedad y compatibilidad

54. Todas las empresas obtienen el máximo de 5 puntos en este apartado.

En conclusión, cada empresa obtiene la mejor puntuación tanto en precio como en logística, comparativamente con el resto de las empresas ofertantes al mismo lote, en el lote que ha ejecutado los anteriores cursos.

C. Primer contrato derivado de la homologación del año 2008

55. En el primer contrato derivado de la homologación 2008, correspondiente al curso escolar 2008-09, todas las empresas, salvo MAGUI, realizan ofertas a una pluralidad de lotes.

BASKA y GASCA están homologadas en todos los lotes. BASKA, se presenta a los lotes 2, 4 y 5 y GASCA se presenta a los lotes 1, 2, 3, 4 y 5. El resto se presenta a todos los lotes para los que están homologadas

Los criterios de adjudicación son el precio (70 puntos) y la logística (30 puntos).

a. Precio

56. Al igual que en el curso escolar 2005-2006, TAMAR, EUREST, BASKA, GASCA, GOÑI y AUZO LAGUN ofertan su precio máximo de homologación en todos los lotes excepto en el lote que han ejecutado en los cursos anteriores. Exclusivamente en ese lote cada una de ellas ofrece un precio inferior a su precio de homologación.

MAGUI, del mismo modo, ofrece un precio por debajo de su precio máximo de homologación e inferior al precio de homologación del resto de las empresas en el lote 8.

b. Logística

57. En logística se valora que en las rutas propuestas por las empresas para cada uno de los lotes, la hora de salida desde las cocinas centrales y la hora de llegada al último centro de la ruta sean lo más tardías posible.

Todas las empresas realizan su mejor oferta logística, comparativamente con el resto de las empresas, en el lote que vienen ejecutando los cursos anteriores. Cada una de las empresas obtiene la máxima puntuación en ese lote.

D. Primer contrato derivado del Acuerdo Marco 2011

58. El acuerdo marco de 2011 es objeto de dos recursos interpuestos por el denunciante (AIBAK) ante el OARC contra su exclusión del mismo y contra la resolución que homologa a las empresas²⁴.

Por ello no llega a convocarse en tiempo el que habría sido primer contrato derivado correspondiente al curso 2011-2012. La prestación en ese curso fue realizada, mediante prórroga, por los mismos adjudicatarios de los contratos anteriores.

59. El primer contrato derivado correspondiente al Acuerdo Marco del año 2011 se convocó, por tanto, para el curso escolar 2012-2013.

En este año la administración modifica cuestiones sustantivas del pliego (folios 332-228). Entre las modificaciones más relevantes se encuentra:

- los criterios de adjudicación son la suma de la puntuación obtenida en el acuerdo marco (10 puntos) y el precio ofertado (90 puntos).
- se establecen unas sub-ponderaciones de valoración de los diferentes conceptos de la oferta económica - a diferencia de los contratos derivados de las homologaciones en los que se hacía la suma aritmética de los diferentes conceptos que componían el precio-
- el precio máximo autorizado o precio de homologación es el mismo para todas las empresas y está fijado en los pliegos por el órgano de contratación.

A pesar de que la contratación en este año suponía un presupuesto total de 92.771.801,99 de €, el 21 de agosto de 2012 se aprobó el expediente de contratación con la carátula y los pliegos de prescripciones técnicas y todas las empresas presentan sus ofertas entre el 23 y el 24 de agosto. El 24 de agosto la mesa de contratación certifica las empresas que se han presentado.

Es decir, las empresas preparan y presentan sus ofertas transcurridos 2 ó 3 días desde la publicación del pliego de prescripciones técnicas.

²⁴ Resolución 1/2012, de 27 de enero de 2012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por COMERCIAL AIBAK TRS, S.L., contra el Acuerdo 16 de junio de 2011, de la mesa de contratación, de exclusión de la licitación, y contra la Resolución de 29 de junio de 2011, de la Viceconsejera de Administración y Servicios del Departamento de Educación, Universidades e Investigación que adjudica el Acuerdo Marco para el suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a este suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del citado Departamento.

60. Las empresas, siguiendo el mismo patrón de comportamiento, realizaron ofertas en todos los lotes para los que habían sido homologadas.

Cada empresa presenta su oferta más baja al lote que habían venido ejecutando en comparación con el resto de lotes a los que se presenta.

Sin embargo, al haber desaparecido el precio de homologación individual por empresa que servía hasta este momento para realizar las ofertas acordadas, no en todos los casos cada empresa presenta la oferta económicamente más ventajosa en comparación con las presentadas por el resto en los lotes que venían ejecutando.

Como resultado de todos estos cambios la adjudicación de la administración ofrece un resultado de adjudicación de lotes diferente del existente hasta el momento.

Esta adjudicación es recurrida ante el OARC, razón por la que nuevamente, la prestación en ese curso fue realizada, mediante prórroga, por los mismos adjudicatarios de los contratos anteriores²⁵.

4. Contratos derivados sucesivos (segundos y terceros contratos derivados)

61. El Departamento de Educación remitió invitación a las empresas para que presentasen sus ofertas en los lotes en los que estuvieran homologadas (desde el curso 2003-2004 hasta el curso 2012-2013).

En los contratos derivados sucesivos (contrato derivado del curso 2004-05 respecto de la homologación de 2003; cursos 2006-07 y 2007-08 respecto de la homologación de 2005, y cursos 2009-10 y 2010-11 respecto de la homologación de 2008) cada una de las empresas presentó oferta **tan solo** a los lotes que se corresponden con aquellos que habían estado ejecutando en el primer contrato derivado de cada homologación.

En los cursos 2013-14 y 2014-15 la configuración de la licitación es modificada y se establece un límite en la presentación de ofertas a las empresas. Tras esta modificación las empresas solo pueden presentar ofertas al número de lotes que pueden ejecutar simultáneamente según su capacidad productiva. Este cambio supone que GASCA, BASCA y AUZO LAGUN pueden presentar ofertas en más lotes de los que tradicionalmente han venido prestando. El resto

²⁵ Resolución 33/2013, de 22 de mayo de 2013, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por Gastronomía Vasca, S.A.U. y Central de Cocina MAGUI, S.L. contra la resolución de 2 de octubre de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, de adjudicación del primer contrato derivado del acuerdo marco para el "Suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a este suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación":

de empresas solo pueden presentar ofertas a uno solo de los lotes para los que están homologadas.

En cualquier caso, y a pesar de que a igualdad de capacidad exigida por la administración a las empresas por cada lote las diferencias en presupuesto son acusadas, las empresas siguen presentando su única oferta al lote en que venían prestando el servicio. Ello es así aunque el presupuesto de otros lotes para los que tienen igualmente capacidad sea sensiblemente mayor.

Por tanto, todas las empresas, a excepción de MAGUI, se han abstenido de presentar ofertas a lotes para los que estaban homologadas en todos los contratos derivados sucesivos de todo el período. En los contratos derivados de la homologación 2003, 2005 y 2008 y primero del 2011 las empresas tenían no solo la posibilidad de realizar ofertas a todos los lotes, sino incluso una carta de la administración invitándoles a hacerlo.

En el siguiente cuadro se plasman las ofertas presentadas por las empresas en todo el periodo analizado.

| LOTES LICITADOS POR LAS EMPRESAS EN LOS CONTRATOS DERIVADOS | | | | | | | | |
|-------------------------------------------------------------|----------------------|-----------|-----------------|---------------|----------------------|----------------------|----------------------|-------|
| CURSO ESCOLAR | CONTRATO | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | MAGUI |
| 2003-04 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2004-05 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2005-06 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3 | 1-2-3-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2006-07 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2007-08 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2008-09 | 1º contrato derivado | 1-2-3-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-6-8 | 2-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6, 7-8 | 8 |
| 2009-10 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2010-11 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2011-12 | - | - | - | - | - | - | - | - |
| 2012-13 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8-9 | 1-2-3-4-5-6 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 9-10 |
| 2013-14 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |
| 2014-15 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |

62. Como resultado de las ofertas presentadas a estas licitaciones los contratos se han ejecutado por las empresas desde el año 2003 hasta el año 2015, conforme al siguiente cuadro.

| ADJUDICACIONES PERIODO 2003-2015 | | | | | | | | | | |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|--------|--------|--------|--------|------------|------------|------------|--------|---------|
| | LOTE 1 | LOTE 2 | LOTE 3 | LOTE 4 | LOTE 5 | LOTE 6 | LOTE 7 | | LOTE 8 | |
| 2003-04 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2004-05 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2005-06 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2006-07 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2007-08 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2008-09 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2009-10 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2010-11 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | | MAGUI | |
| 2011-12 | Prestación por las mismas empresas por prórroga del contrato precedente | | | | | | | | | |
| 2012-13 | Prestación por las mismas empresas por prórroga del contrato precedente | | | | | | | | | |
| | | | | | | LOTE 6 | LOTE 7 | LOTE 8 | LOTE 9 | LOTE 10 |
| 2013-14 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | MAGUI | MAGUI |
| 2014-15 | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | AUZO LAGUN | MAGUI | MAGUI |

Teniendo en cuenta la equivalencia geográfica de lotes recogida entre los procedimientos de homologación de los años 2003, 2005 y 2008 y el Acuerdo Marco del año 2011 (véase el cuadro del párrafo 32), se comprueba que en los cursos 2013-14 y 2014-15 se mantiene o reinicia la ejecución del acuerdo.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Tipicidad

63. El artículo 1.1 de la LDC establece que:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o **práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir** el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

c) **El reparto del mercado** o de las fuentes de aprovisionamiento.

Tal como ha quedado acreditado en los hechos probados, la conducta examinada se inició en 2003 y ha continuado hasta la finalización del curso escolar 2014-2015.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LDC, el 1 de septiembre de 2007, el equivalente artículo 1.1.c) de su predecesora, la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, establecía con idéntica redacción la misma

prohibición²⁶. Durante la vigencia de la práctica han estado en vigor las dos normativas diferentes relativas a la defensa de la competencia: la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007 y debe determinarse cuál de ellas resulta de aplicación en el presente expediente.

64. Respecto al procedimiento, la Disposición Transitoria Primera de la LDC 15/2007, establece que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de ésta se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio. La incoación del presente expediente tuvo lugar el 8 de agosto de 2014, con posterioridad por tanto a la entrada en vigor de la LDC 15/2007. En consecuencia procede su tramitación conforme a lo dispuesto en ésta, tal y como se ha realizado.

65. Sobre la cuestión de cuál de las dos normas debe ser aplicada al fondo del asunto y a la sanción, el Consejo de la CNC se pronunció reiteradamente haciendo referencia a la norma aplicable al fondo del asunto, razonando que,

“Ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de “la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” en todo o en parte del mercado nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia (...) En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, **debiendo optar por aquélla que resulta más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso concreto**”²⁷.

Puesto que las dos normas resultan idénticas en lo tocante a la tipificación de las conductas prohibidas, la determinación de la más beneficiosa, debe basarse en el régimen sancionador a aplicar.

66. No existe prueba directa de la existencia de un acuerdo entre las empresas aunque de los hechos se deduce la existencia de una práctica concertada.

Procede por tanto analizar en qué medida la práctica descrita en los hechos probados de esta resolución puede subsumirse en el tipo del artículo 1 de la LDC empleando para ello la prueba de presunciones.

²⁶ Ley estatal 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 170 de 18 de julio.

²⁷ Véase, por todas, la **Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009**, S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

A. Empleo de la prueba de presunciones

67. La aplicación de la prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador está generalmente admitida por la constante doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸.

Así se reconoce también en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014²⁹.

“La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985 y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene, de acuerdo con el artículo 19 del TUE, la misión de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, realiza este cometido a través de los distintos órganos jurisdiccionales que lo integran, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Ambos Tribunales, se han expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C- 441/11, apartados 70 y concordantes.”

En el extracto arriba transcrito de la Sentencia de la AN se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que por su claridad respecto a esta cuestión transcribimos³⁰:

“70. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una

²⁸ SSTC 174/85 y 175/85, de 17 de diciembre; 150/1987, de 1 de octubre y 157/98, de 13 de Julio. En el mismo sentido el TS, 26 de Julio de 1985 y 18 de noviembre de 1986 y TJCE de 31 de marzo de 1993, Pasta de madera, As. C-89/85.

STC (Sala Primera), Sentencia núm. 63/2007 de 27 marzo STC 120/1994, SSTC 73/1985 y 1/1987. STS de 15 julio 2002 RJ 2003\2320.

“La prueba puede derivarse de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas”. Caso Irlanda v. Reino Unido, STEDH 18 enero 1978, §161. Caso Anguelova v. Bulgaria, recurso núm. 38361/97, STEDH 13 junio 2002; Caso Tahsin Acar v. Turquía, recurso núm. 26307/95, STEDH 8 Abril 2004; Caso Nachova y otros v. Bulgaria, recursos 43577/98 y 43579/98, STEDH 6 julio 2005; Caso Virabyan v. Armenia, recurso núm. 40094/05, STEDH 2 octubre 2012).

²⁹ SAN 3453/2014, de 21 de julio, recurso núm. 426/2012

³⁰ STJUE de 6 de diciembre de 2012. Asunto C-441/11. Comisión Europea contra Verhuizingen Coppens NV.

infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 94).

71. Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).”

68. La citada doctrina de la prueba de presunciones exige que la relación entre los hechos y los indicios de la existencia de la conducta infractora quede suficientemente razonada y que, en caso de que pudiesen concurrir razones alternativas justificativas de los hechos, se proceda a su análisis con expresión de la causa de su rechazo.

Analicemos a continuación si existen elementos que pudieran justificar el comportamiento de las empresas ajenas a la existencia de una concertación.

B. Existencia de una práctica concertada

69. Los hechos probados permiten deducir la existencia de una práctica concertada de reparto del mercado de servicios de restauración colectiva a centros públicos de enseñanza con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación³¹.

En las pautas descritas en la presentación de las ofertas puede identificarse un mismo patrón, una unidad de actuación, que solo puede obedecer a la existencia de un plan único de acción conjunto de las distintas entidades implicadas en él. Esta pauta está integrada por varios elementos que pasamos a analizar en detalle.

a. Elementos probados que integran la práctica

- Mera apariencia de competencia en el primer contrato derivado de 2003

70. Este es el primer año de la práctica que se analiza en este expediente.

En este primer contrato derivado de esta primera homologación las empresas, a excepción de MAGUI, presentan ofertas a más lotes de los

³¹ La jurisprudencia en estos casos es clara: no hay obligación de distinguir entre acuerdos o prácticas concertadas en casos de infracciones complejas de larga duración: en estos casos, escenario natural de los acuerdos de reparto de mercado, los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden solaparse. STPI en el asunto T-7/89 Hércules 1991 Rec. II-1711.

que venían ejecutando al menos desde el año 2000. Sin embargo presentan la mejor oferta en relación con las de sus competidoras –en precio y en logística- al lote que han venido ejecutando.

Un análisis conjunto de las ofertas presentadas por las empresas a los lotes que no habían ejecutado en el pasado lleva a la conclusión de que las ofertas, que aparentemente se producen en competencia, pueden sin embargo considerarse ficticias:

- TAMAR oferta un precio idéntico por menú en todos los lotes sin considerar las diferencias en logística en cada uno de ellos.
- EUREST oferta un precio idéntico en los lotes 1, 3, 4 y 5, más alto que el ofrecido en el lote 2 (que se le adjudica).
- BASKA oferta el mismo precio en varios lotes (1, 2, 3 y 5) y hace su oferta más competitiva en el lote 4. La diferencia de precio en ese lote se basa en el precio hora/monitor y hora/office, a pesar de que en todos los lotes afectados se aplica el mismo convenio colectivo. Esa diferencia carece por tanto de justificación. Tampoco su oferta en precio considera las diferencias en la oferta logística.
- GASCA basa la oferta más competitiva en el lote 5 en el precio hora/monitor y en la hora/office a pesar de que el mismo convenio colectivo se aplica en el resto de lotes de Bizkaia. Sucede por tanto lo mismo que en el caso anterior. El precio ofertado tampoco guarda relación con la oferta logística.
- En las ofertas realizadas por AUZOLAGUN tampoco el precio tiene relación con la oferta logística.
- GOÑI no presenta oferta logística en algunos de los lotes (6 y 8) y en el resto presenta ofertas idénticas en logística con precios diferentes.

71. La presentación de ofertas se produce, como se ha detallado en los hechos probados (párrafo 39 al 45), de manera que cada empresa presenta su oferta más baja en el lote que venía realizando a excepción de AUZO LAGUN ya que su oferta en los lotes 6 y 7 es la más cara y TAMAR que ofrece el mismo precio en todos los lotes), sin que las ofertas realizadas en los diversos lotes a que se presentan las empresas respondan a criterios económicos.

Todas las empresas conocen el precio máximo de homologación de las demás.

Existe por tanto una apariencia de competencia con la presentación de ofertas simuladas que tienen como resultado conseguir el reparto del mercado. Las propias empresas en sus alegaciones reconocen que la falta de información sobre los lotes que no han realizado les impide realizar ofertas realistas y ajustadas a las necesidades de ejecución de los contratos.

- Mera apariencia de competencia en el primer contrato derivado de 2005 y de 2008

72. Todas las empresas se comportan de idéntica manera en el primer contrato derivado de las homologaciones de 2005 y 2008.

Todas -excepto MAGUI - ofertan su precio máximo de homologación en todos los lotes que no han ejecutado tradicionalmente y ofertan un precio inferior en el o los lotes que han ejecutado tradicionalmente.

Asimismo, el precio inferior ofertado a los lotes que han ejecutado tradicionalmente es inferior al precio máximo de homologación del resto de las empresas.

De esta manera, como todas las empresas conocen el precio máximo de homologación para cada lote del resto de empresas, seguir este comportamiento les asegura la presentación de la oferta que les garantiza la adjudicación.

Esta pauta de comportamiento aparenta la existencia de competencia por la presentación de varias ofertas a los distintos lotes.

Sin embargo, esta pauta no tiene justificación económica, jurídica ni logística. La práctica solo puede ser explicada en el caso de mediar concertación entre las distintas empresas.

En caso de que alguna de las empresas hubiese querido competir en el mercado, se podrían haber presentado ofertas diferentes a las existentes en dos sentidos.

La primera posibilidad hubiese sido que cada empresa presentase ofertas que contemplaran una reducción de su precio máximo de homologación. La segunda opción supondría que las empresas intentasen conseguir la adjudicación en otros lotes.

Esto hubiera implicado un comportamiento concurrencial por los mismos lotes en lugar de la armonía en las reducciones de ofertas que realmente se produce.

Cualquier mínima alteración del esquema de presentación de ofertas habría cambiado los resultados y las adjudicaciones habrían sido diferentes (y más beneficiosas para la administración y los ciudadanos).

- Comportamiento idéntico de todas las empresas en los primeros contratos derivados de las homologaciones y cambio simultáneo de estrategia

73. Ha quedado acreditado (párrafo 39 al 45 de los hechos probados) que todas las empresas ofrecen en el primer contrato derivado de la homologación de 2003 precios por debajo de su precio de homologación en todos los

lotes a excepción de AUZO LAGUN ya que su oferta en los lotes 6 y 7 es la más cara y TAMAR que ofrece el mismo precio en todos los lotes.

Ha quedado igualmente acreditado que en los primeros contratos derivados de las homologaciones de 2005 y 2008 todas las empresas ofertan su precio máximo de homologación en todos los lotes excepto en el que habían ejecutado previamente.

74. Se derivan de esta descripción dos elementos.

En primer lugar una identidad de conducta de las empresas en el primer contrato derivado de las homologaciones de 2003, 2005 y 2008.

En segundo lugar, un cambio simultáneo e injustificado de estrategia si comparamos los primeros contratos derivados del 2003 y los primeros contratos derivados de 2005 y 2008.

75. Ninguna de las empresas ha podido justificar el porqué de este cambio de conducta.

Dada la inexistencia de razones económicas, jurídicas o relacionadas con la contratación en sí misma que justifiquen este cambio de conducta, no resulta verosímil pensar que todas las empresas, de manera independiente e individualmente, hayan decidido realizar ofertas con precios menores a sus máximos de homologación en todos los lotes en el primer contrato derivado del año 2003 y, sin embargo, todas ellas, de forma sincronizada, cambien el esquema de oferta en el primer contrato derivado del año 2005 y el del 2008 ofertando su precio máximo en todos los lotes salvo el que vienen prestando.

En un mercado en competencia en que no hubiese intercambio de información, y por lo tanto se mantuviera la incertidumbre de la actuación futura de los competidores, no cabe prever ofertas de siete empresas con tal grado de uniformidad.

- Ausencia de competencia en todos contratos subsiguientes (2º y 3º) de las homologaciones

76. En los contratos derivados segundo y tercero de cada una de las homologaciones la pauta se puede verificar, quizá, en su máxima expresión.

En ellos, las empresas se presentan tan solo a los lotes en que han venido prestando sus servicios a pesar de estar homologadas para varios lotes.

En estas licitaciones, tal como se puede comprobar gráficamente en la tabla que se recoge a continuación, ni siquiera se realiza una apariencia de competencia.

| Ofertas por lote y empresa en los diferentes contratos | | | | | | | | |
|--------------------------------------------------------|----------------------|-----------|-----------|---------------|-----------------|-----------------|------------------|-------|
| CURSO ESCOLAR | CONTRATO | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | MAGUI |
| 2003-04 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2004-05 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2005-06 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3 | 1-2-3-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2006-07 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2007-08 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2008-09 | 1º contrato derivado | 1-2-3-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-6-8 | 2-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6, 7-8 | 8 |
| 2009-10 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2010-11 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |

De la lectura del cuadro se constata con claridad una pauta en virtud de la cual, sistemáticamente, las empresas se presentan en los subsiguientes contratos derivados tan solo a los lotes en que venían prestando el servicio sin atisbo de competencia entre ellas.

No existen razones económicas, jurídicas ni fácticas que justifiquen que las empresas presenten ofertas tan solo en los lotes que han venido prestando tradicionalmente.

Solo un reparto de mercado puede llevar a un grupo de empresas, homologadas en un determinado número de lotes que les permiten competir entre sí, a presentar ofertas tan solo en uno de ellos.

Cualquier mercado que opere en competencia de un número reducido de operadores genera la presentación de ofertas para conseguir dos objetivos: primero asegurar la prestación del servicio al menos en menús equivalentes a la capacidad productiva acreditada, y segundo conseguir la prestación del servicio en los lotes que generen para las empresas mayor rendimiento económico.

Tan solo la existencia de una concertación entre las empresas afectadas por este expediente que anule la amenaza de cualquier competidor puede llevarles a presentar las ofertas tan solo a un lote y, de manera orquestada, a presentarlo cada una en el que tradicionalmente venía realizando. De otro modo, el riesgo de competencia en el lote tradicionalmente ejecutado llevaría a la presentación de ofertas en otros lotes ante la posibilidad de que existan ofertas más competitivas en el citado lote que lleven a una adjudicación diferente.

- El primer contrato derivado del AM 2011: circunstancias especiales en el curso 2012-2013

77. En la primera licitación basada en el acuerdo marco se modifican aspectos sustanciales del pliego.

No existe un precio máximo de homologación individual por lo que las empresas no disponen de ese precio de referencia.

Las empresas disponen de dos o tres días del mes para realizar las ofertas con unos lotes y unos criterios de valoración que han sido modificados.

78. Las empresas continúan con la práctica presentando ofertas a todos los lotes y, salvo en el caso de TAMAR, ofreciendo su oferta más ventajosa al lote que venían ejecutando.

No obstante, las ofertas presentadas por las empresas en los lotes que venían ejecutando no en todos los casos son las económicamente más competitivas de entre las presentadas.

79. En este caso, en contra de lo que se mantiene en la Propuesta de Resolución, el CVC considera que **no puede considerarse acreditado** que las empresas hayan reproducido la pauta de infracción.

La diferente adjudicación realizada por la administración en este caso es paralizada sin embargo por los recursos presentados ante el OARC por algunas de las propias empresas.

Por ello, el suministro sigue realizándose mediante prórroga de los contratos precedentes, manteniéndose la identidad entre los lotes y los prestadores.

- Ausencia de competencia en los contratos subsiguientes (2º y 3º) del acuerdo marco

80. En los contratos subsiguientes del acuerdo marco se reitera la práctica de las empresas de presentar oferta tan solo a los lotes en que tradicionalmente han venido realizando el servicio.

| Ofertas por lote y empresa en los diferentes contratos | | | | | | | | |
|--------------------------------------------------------|----------------------|-----------|-----------------|-------------|----------------------|----------------------|----------------------|-------|
| CURSO ESCOLAR | CONTRATO | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | MAGUI |
| 2011-12 | - | - | - | - | - | - | - | - |
| 2012-13 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8-9 | 1-2-3-4-5-6 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 9-10 |
| 2013-14 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |
| 2014-15 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |

Esta conducta se produce en una situación en la que las empresas habían solicitado su homologación para un número mayor de lotes pero, sin embargo, existe un cambio en el diseño de los pliegos de licitación que debe ser tenido en cuenta para valorar la conducta empresarial.

Tal como ha quedado reflejado en el párrafo 78 de los hechos probados, en los contratos derivados segundo y tercero del acuerdo marco la administración establece la limitación en virtud de la cual las empresas tan solo pueden presentar ofertas en lotes que podrían ejecutar de manera simultánea; es decir no pueden presentar ofertas por encima de su capacidad productiva.

81. Este cambio justifica e incluso exige que las empresas reduzcan el número de ofertas presentadas. Debe analizarse, sin embargo, si existe alguna razón de carácter económico o logístico que justifique el hecho de que las empresas presenten sus ofertas, precisamente, al lote que venían ejecutando.

Para ello conviene analizar los presupuestos de cada uno de los lotes en relación con la capacidad productiva en menús que exige la administración para cada uno de ellos y su área geográfica.

| Acuerdo Marco 2011 | | | | | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------------------------------------|---------------|---------------|
| | Capacidad productiva requerida a las empresas medida en menú/día | Área geográfica | Presupuesto de lotes por curso escolar (IVA incluido) | | |
| | | | | 2013/2014 | 2014/2015 |
| Lote 1 | 8.000 | Bizkaia | | 7.925.120,00 | 7.925.120,00 |
| Lote 2 | 8.000 | Bizkaia | | 11.108.160,00 | 11.108.160,00 |
| Lote 3 | 8.000 | Bizkaia | | 6.997.120,00 | 6.997.120,00 |
| Lote 4 | 8.000 | Bizkaia | | 12.778.560,00 | 12.778.560,00 |
| Lote 5 | 8.000 | Bizkaia | | 8.843.840,00 | 8.843.840,00 |
| Lote 6 | 8.000 | Gipuzkoa-Bizkaia | | 10.616.320,00 | 10.616.320,00 |
| Lote 7 | 8.000 | Gipuzkoa | | 9.335.680,00 | 9.335.680,00 |
| Lote 8 | 8.000 | Gipuzkoa | | 11.794.880,00 | 11.794.880,00 |
| Lote 9 | 6.000 | Álava | | 6.069.120,00 | 6.069.120,00 |
| Lote 10 | 6.000 | Álava | | 7.331.200,00 | 7.331.200,00 |
| | | | TOTAL | 92.800.000,00 | 92.800.000,00 |

Entre los lotes de Bizkaia, lo suficientemente cercanos entre sí e idénticos en capacidad productiva requerida, la diferencia de presupuestos oscila alrededor de un 44%. Entre los de Gipuzkoa alrededor de un 16%.

En estas circunstancias, no existe una justificación económica que lleve a este resultado:

- TAMAR licita el lote 1 (7.925.120 €). En el primer contrato derivado, en que no existía la nueva limitación, presenta ofertas en los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 de lo que se deducen, tanto su aparente interés por prestar el servicio en estos lotes, como su capacidad acreditada para hacerlo.

Asumida la nueva limitación, si esta empresa hubiera presentado su oferta en el lote 2 (11.108.160€) su volumen de ejecución se habría podido incrementar en un 40%.

Además, el lote 2 es el más cercano a las instalaciones de la empresa, también el lote 4 y 5 están más cerca de sus instalaciones que el 1. En la licitación del primer contrato derivado que resultó posteriormente suspendida TAMAR ofertó en este lote 2 mejores precios que al único lote que ahora licita (el lote 1). Su mejor oferta en ese primer contrato derivado la realizó al lote 4 que es el de mayor presupuesto.

- EUREST licita exclusivamente al lote 2 (11.108.160 €) cuando su capacidad le permitía licitar otros lotes. En el primer contrato derivado, presenta ofertas en los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 de lo que se deducen, tanto su aparente interés por prestar el servicio en estos lotes, como su capacidad acreditada para hacerlo.

Si en lugar de licitar al lote 2 lo hubiese hecho al lote 4 (12.778.560 €) su volumen de ejecución podría haber sido superior.

- GOÑI licita el lote 3 (6.997.120 €). En el primer contrato derivado, en que no existía la nueva limitación, presenta ofertas en los lotes 1 a 6.

Asumida la nueva limitación, si esta empresa hubiera presentado su oferta en el lote 4 su volumen de facturación vinculado con la contratación hubiese sido un 83% superior. Si lo hubiese hecho en el lote 2 habría sido superior en un 59%. La distancia promedio al lote 2 es incluso menor que la distancia al lote 3 que es el que siempre ejecuta.

- BASKA licita exclusivamente al lote 4 (12.778.560 €) cuando tiene capacidad para licitar a más lotes. En el primer contrato derivado se presenta a los lotes del 1 al 10, ambos incluidos.

Si hubiese licitado también al lote 2, su facturación podrían haber aumentado un 187%.

La distancia a sus instalaciones es incluso menor en este lote 2 que en el lote que siempre ejecuta

- GASCA licita exclusivamente al lote 5 y podría licitar un lote más. En el primer contrato derivado se presenta a los lotes del 1 al 10, ambos incluidos.

Si hubiese licitado también al lote 4 su ejecución podría haber sido un 244% superior.

- AUZO LAGUN licita exclusivamente los lotes 6, 7 y 8. En el primer contrato derivado se presenta a los lotes del 1 al 10, ambos incluidos.

De haber presentado ofertas, como ha hecho en otras ocasiones, los lotes 6, 8, 9 y 10 hubiera optado a realizar un volumen de ejecución superior (113% del efectivo).

82. Analizados los precios presentados por todas las empresas en estos dos contratos derivados de 2013-14 y 2014-15, se verifica que los mismos se separan del precio máximo de homologación como máximo, en un 0,3%³².

Es decir, las empresas presentan sus ofertas prácticamente al precio máximo de homologación.

83. Se alega por varias empresas que no se oferta el precio máximo de cada lote y que de haber existido colusión lo hubieran hecho. Se alega que en este sector el precio es importante hasta el detalle del céntimo y que en el Acuerdo Marco de 2011 se dice que el precio de partida o precio unitario máximo “es ajustado a la realidad del mercado ya que existen datos objetivos de más de 10 años entre el coste demandado por la Administración y el precio del servicio proporcionado por el licitador”.

Lo primero que puede responderse a esta alegación es precisamente que esos precios de más de 10 años utilizados por la empresa en su argumentación son precisamente los que se han visto afectados por la infracción puesta de manifiesto en esta resolución.

Sin embargo, la realidad se impone en la adjudicación del curso 2015-2016, en la que, sin aumentar el precio máximo de licitación, las empresas ajustan sus precios y realizan sustanciales reducciones respecto al “supuesto” precio de mercado de las anteriores licitaciones.

Por otra parte, la imposibilidad de reducir los costes de personal alegada por el Grupo AUSOLAN se contradice con la oferta presentada por dicha empresa en la licitación del curso 2015-2016 en la que han realizado importantes reducciones en los precios ofrecidos, especialmente en los relacionados con los costes laborales. Esto se desprende del incidente de baja temeraria de AUZO LAGUN que consta en los folios 4275 a 4262 del expediente y en que se constata que la reducción de precio realiza por AUZO LAGUN en su oferta no tiene consideración de temeraria.

84. Estos hechos nos llevan a la conclusión de que, en un mercado realmente competitivo no es creíble que, a falta de concertación, las empresas que pueden presentar más ofertas que las que efectivamente presentan sigan licitando exclusivamente en los lotes en que tradicionalmente lo venían haciendo. Del mismo modo no resulta verosímil que, en defecto de concertación, todas las empresas hayan siempre elegido en los dos cursos escolares afectados por esta práctica el lote en que tradicionalmente venían prestando el servicio.

³² El cálculo se realiza teniendo en cuenta de manera ponderada los precios ofrecidos por todas las empresas en los distintos conceptos que integran en la oferta final.

Además, únicamente la garantía de ser la única oferta en cada lote explica que las empresas presenten sus ofertas a prácticamente a precio máximo.

Solo un reparto de mercado explica el hecho de que cada empresa elija precisamente el lote en que venía prestando el servicio para realizar la única o únicas ofertas que llevan a cabo en estos dos contratos derivados prácticamente a precio máximo.

- Cambio en la conducta de las empresas desde los primeros contratos derivados al bloque integrado por los segundos y los terceros

85. Se identifica en la tabla completa que se recoge a continuación una serie de cambios coincidentes en el tiempo que han llevado a cabo todas las empresas durante los años afectados por este expediente.

| LOTES LICITADOS POR LAS EMPRESAS EN LOS CONTRATOS DERIVADOS | | | | | | | | |
|-------------------------------------------------------------|----------------------|-----------|-----------------|---------------|----------------------|----------------------|----------------------|-------|
| CURSO ESCOLAR | CONTRATO | TAMAR | EUREST | GOÑI | BASKA | GASCA | AUZO LAGUN | MAGUI |
| 2003-04 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2004-05 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2005-06 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3 | 1-2-3-6-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 1-2-3-4-5-6-7-8 | 8 |
| 2006-07 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2007-08 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2008-09 | 1º contrato derivado | 1-2-3-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-6-8 | 2-4-5 | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6, 7-8 | 8 |
| 2009-10 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2010-11 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7 | 8 |
| 2011-12 | - | - | - | - | - | - | - | - |
| 2012-13 | 1º contrato derivado | 1-2-3-4-5 | 1-2-3-4-5-6-8-9 | 1-2-3-4-5-6 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 | 9-10 |
| 2013-14 | 2º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |
| 2014-15 | 3º contrato derivado | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6-7-8 | 9-10 |

En todos primeros contratos derivados se presentan ofertas a los lotes en que las empresas están homologadas. En todos los contratos segundos y terceros, cada empresa presenta oferta tan solo a los contratos que venía ejecutando.

Este cambio de conducta simultánea de las 8 empresas en los momentos temporales que separan los primeros contratos derivados del bloque que la pauta genera entre los segundos y los terceros, carece de fundamento jurídico, económico o logístico.

Esta pauta es la única razón por la que, de las once licitaciones llevadas a cabo durante el período analizado, en siete de ellas (correspondientes a los siete cursos escolares marcados en franjas en el cuadro) las empresas

expedientadas han presentado ofertas al lote o lotes que siempre han ejecutado.

Tan solo la existencia de un acuerdo puede explicar las oleadas simultáneas de cambio de política de presentación de ofertas en las empresas afectadas por este expediente.

- Conclusión

86. Todos los comportamientos descritos se consideran elementos de una pauta orquestada por las empresas expedientadas.

El relato de los hechos demuestra la existencia de un patrón de conducta que se mantiene de forma continuada, desde la primera licitación objeto de análisis del expediente, correspondiente al curso escolar 2003-04, hasta el curso escolar 2012-13.

Este CVC considera que no puede entenderse acreditado que el sistema de ofertas realizado por las empresas en el curso académico 2012-13 se corresponda en su totalidad a la pauta descrita.

Ello no obstante, en los cursos 2013-14 y 2014-15, las empresas vuelven a reiterar conductas que persiguen la misma finalidad al ser tendentes a reproducir el reparto de mercado. Se han acreditado indicios objetivos y concordantes de la existencia de un plan conjunto.

Pueden por tanto considerarse integrantes de la misma conducta única y continuada³³.

87. Es constante y consolidada la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional respecto de las infracciones continuadas.

El Tribunal Supremo considera la existencia de una infracción única y continuada en la sentencia que resuelve el Caso González Byass. Para ello se hace eco de la jurisprudencia europea que pone su énfasis en la conformación de un objetivo común por parte de las empresas³⁴.

“La jurisprudencia comunitaria ha establecido que para valorar las conductas debe tenerse en cuenta si “presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único”. (Apartado 144 de la sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2012 (PROV 2012, 191829) Coats Holding).”

³³ Sentencia del TGUE, de 17 de mayo de 2013, As. T-147/09 y T-148/09, Trelleborg Industrie, SAS, Trelleborg, AB c. Comisión. Parágrafo 61.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 9 febrero de 2015.

En el mismo sentido la Audiencia Nacional en jurisprudencia reciente desarrolla las características de las infracciones continuadas³⁵. Precisa la Audiencia que, en el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

Para ello se definen algunos criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes y de las formas de ejecución y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas. Estas circunstancias concurren en el caso que nos ocupa en el que la conducta homogénea acaecida a lo largo de todas las licitaciones (a excepción de lo acontecido en el curso escolar 2012-2013, ya explicado) tiene elementos de unidad de actuación y la única finalidad de conseguir un reparto de los lotes idéntico entre todas las empresas participantes.

Ello ha producido una situación de falta de competencia entre las empresas participantes en los diferentes contratos públicos afectados por la práctica.

88. Las empresas han alegado que existe un mercado relevante por cada lote incluido en las licitaciones.

Las licitaciones para prestar el servicio de comedores escolares se abren sistemáticamente y con las mismas características con una periodicidad anual. El hecho de que las mismas empresas soliciten homologación para los diferentes lotes y la configuración de las ofertas que realizan pone de manifiesto que existe un único mercado.

El mercado en un cartel se define por la propia concertación. Las empresas han llevado a cabo una conducta que supone el reparto de los diversos lotes de comidas en centros escolares públicos del País Vasco. Tan solo el análisis conjunto de los diversos lotes que las empresas competidoras en el mercado se reparten entre sí puede mostrar el desvalor generado por la conducta y poner de manifiesto las consecuencias de la falta de competencia entre las empresas.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 3454/2014, de 23 de julio; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 1880/2014, de 7 de abril; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 3452/2014, de 23 de julio.

b. Nexo causal entre los elementos de la práctica y el objetivo pretendido

89. La pauta descrita ha dado como fruto un reparto de mercado entre las empresas expedientadas.

Solo la existencia de una concertación previa entre las empresas implicadas puede explicar que en el año 2003 cada empresa haya presentado su oferta más baja en el lote que venía realizando, sin que las ofertas realizadas en los demás lotes respondan a criterios económicos.

Solo la existencia de una concertación previa entre las empresas implicadas puede explicar en los años 2005 y 2008 todas las empresas -excepto MAGUI- oferten su precio máximo de homologación en todos los lotes que no han ejecutado tradicionalmente y oferten un precio inferior en el o los lotes que han ejecutado tradicionalmente.

Solo la existencia de una concertación previa entre las empresas implicadas puede explicar en los años 2003, 2005 y 2008 exista una identidad de conducta de las empresas y que exista un cambio simultáneo de estrategia entre el año 2003 y los años 2005 y 2008.

Solo la existencia de una concertación previa entre las empresas implicadas puede explicar que en los años 2004, 2006, 2007, 2009 y 2010 las empresas se presenten tan solo a los lotes en que han venido prestando sus servicios a pesar de estar homologadas para varios lotes teniendo como consecuencia que exista una oferta única en cada uno de los lotes y con las implicaciones en precios que ello conlleva.

Solo la existencia de una concertación previa entre las empresas implicadas puede explicar en los años 2013 y 2014 las empresas sigan presentando sus ofertas única y exclusivamente en los lotes en que tradicionalmente venían haciéndolo (aquéllas que pueden presentar más ofertas que estas). Del mismo modo no resulta verosímil que, en defecto de concertación, todas las empresas hayan siempre elegido en estos dos años el lote en que tradicionalmente venían prestando el servicio. Además, únicamente la garantía de ser la única oferta en cada lote explica que las empresas presenten sus ofertas prácticamente a precio máximo.

Tan solo la existencia de una concertación entre las empresas puede explicar las oleadas simultáneas de cambio de política de presentación de ofertas en las empresas afectadas por este expediente en los años 2003 en comparación con los años 2005 y 2008; en los años 2004, 2006, 2007, 2009 y 2010 en comparación con los años 2003, 2005 y 2008, y de los años 2013 y 2014 en comparación con el año 2012.

Se confirma por tanto la existencia de un reparto de mercado entre las empresas licitadoras que tiene como resultado alterar el funcionamiento normal

de la contratación pública. Gracias a dicho reparto, los lotes se adjudican sin competencia y cada una de las empresas se asegura la adjudicación de los lotes en los que tradicionalmente ha venido prestando el servicio en lugar de competir por ellos ofreciendo precios y condiciones más competitivas.

La existencia de la práctica concertada tiene como consecuencia que se pierdan las ventajas que realizar un contrato administrativo genera para la administración y la sociedad traducidas en reducciones de precio y mejoras en la prestación de los servicios.

La identidad de comportamiento en los distintos momentos de la contratación no es verosímil sin mediar concertación entre las empresas. La actuación coincidente en el tiempo de las empresas e inexplicable por cualquier otra razón de estrategia empresarial solo puede estar orientada a la consecución de un objetivo común consistente en un reparto de los lotes en que se organiza la contratación del servicio de comedores escolares.

c. Posibles alternativas a la existencia de una práctica colusoria

90. Para poder confirmar la posible aplicación de la prueba de indicios, debe verificarse que no existe una alternativa razonable al acuerdo que rompa el nexo causal que acabamos de definir. Por ello procedemos a analizar los argumentos alternativos ofrecidos por las empresas para explicar su comportamiento.

- Análisis de la posible incidencia en las ofertas de las distancias entre las empresas y los centros escolares

91. Todas las empresas afirman elegir el lote más cercano a sus cocinas centrales como explicación a la selección del mejor precio en el caso de contratos en que realizan ofertas a varios lotes y como selección del lote al que presentan oferta cuando lo hacen a uno solo. Es decir, plantean que ésta es una explicación a su conducta alternativa a la concertación.

El expediente refleja (párrafos 54 del PCH, folio 4493) las distancias entre las cocinas centrales de las empresas y los lotes en que prestan el servicio y concluye que TAMAR, GOÑI y BASKA no prestan el servicio en los lotes más cercanos a sus cocinas.

La distancia promedio desde las empresas homologadas con cocina en Bizkaia -es decir desde TAMAR, EUREST, GOÑI , BASKA y GASCA- hasta los municipios de cada lote (lotes 1 a 5) es similar. Las diferencias no son significativas.

En el caso del lote 6 existe una empresa (GASCA) cuya distancia promedio a los centros escolares es tan solo 6 km mayor que la de la empresa que ha venido prestando el servicio (AUZO LAGUN).

En los lotes 9 y 10 existe una diferencia en distancia media inferior a 12 km entre la empresa que viene prestando el servicio y la siguiente mejor situada (EUREST).

Tan solo en los lotes 7 y 8 puede concluirse que la única empresa que ha prestado el servicio tiene una distancia a los centros sensiblemente menor que la del resto de empresas.

92. Se alega por parte de las empresas que lo importante no son las distancias a los municipios que integran los lotes sino el tiempo de distribución de la comida. Sin embargo es innegable que la distancia y el tiempo son dos variables directamente relacionadas.

No se puede negar que las empresas pueden programar diferentes rutas de reparto para un mismo lote y que algunas de ellas pueden resultar más eficientes que otras.

Sin embargo debe recordarse que las empresas se han homologado voluntariamente y en los primeros contratos derivados han presentado ofertas en diversos lotes que muestran que esa alegación carece de fundamento.

En todo caso, las diferencias en distancia, incluso en el único supuesto en el que podrían considerarse relevantes (lotes 7 y 8) en ningún caso explican las diferencias de conducta simultánea entre los distintos contratos; las diferencias en política de precios y sus alteraciones coincidentes en el tiempo, ni, sobre todo la escasa rebaja de precio sobre el fijado para la homologación en los casos en que las empresas presentan oferta única.

93. Otro elemento que puede servir para verificar si, tal como manifiestan las empresas, la selección de los lotes encuentra su justificación en la relevancia del elemento geográfico en la logística, es la comparación de sus opciones de oferta en los centros privados.

En el siguiente cuadro utilizado en el Pliego se recoge el porcentaje de comedores escolares privados a los que sirven las empresas fuera del ámbito geográfico de los lotes de los centros escolares públicos.

| CURSOS 2013/14 y 2014/15 | | | | | | |
|--------------------------|--------------------------------|------------------------|------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|------------------------|-------------------------|
| | Lote adjudicado centro público | Lotes homologados | Comedores privados Equivalencia lote comedor privado | % centros privados que NO se corresponden con su lote de comedor público | | |
| | | | | Territorio lotes 1 a 5 | Territorio lotes 6 a 8 | Territorio Lotes 9 y 10 |
| TAMAR | Lote 1 | 1,2,3,4 y 5 | Lotes 3 y 4 | 100% | 0% | 0% |
| EUREST | Lote 2 | 1,2,3,4,5,6,8 y 9 | Lotes 1, 2, 4 y 5 | 50% | 0% | 0% |
| GOÑI | Lote 3 | 1,2,3,4,5 y 6 | Lotes 1, 2, 3 y 4 | 54,50% | 0% | 0% |
| BASKA | Lote 4 | 1,2,3,4,5,6,7,8,9 y 10 | Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10 | 42% | 2% | 2% |
| GASCA | Lote 5 | 1,2,3,4,5,6,7,8,9 y 10 | Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 | 63% | 14% | 16% |
| AUZO | Lotes 6, 7 y | 1,2,3,4,5,6,7,8,9 | Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, | 10,96% | - | 13,70% |

| | | | | | | |
|-------|--------------|--------|--------------|----|----|---|
| LAGUN | 8 | y 10 | 9 y 10 | | | |
| MAGUI | Lotes 9 y 10 | 9 y 10 | Lotes 9 y 10 | 0% | 0% | - |

Del análisis de la ubicación de los centros escolares privados a los que sirven las empresas expedientadas se desprende que dichas empresas ofrecen sus servicios en la escuela privada en áreas geográficas más amplias que aquéllas a las que se restringen en la escuela pública. Como puede verificarse en el cuadro precedente, en la red privada las empresas prestan el servicio de comedor en municipios que no se corresponden con las zonas que cubren los lotes de la licitación en que realizan ofertas.

Más del 40% de los clientes privados de TAMAR, EUREST, GOÑI , BASKA y GASCA se ubican en zonas en las que estas empresas han renunciado a presentar ofertas en los contratos públicos. En el caso de GASCA en un 93% y en el de TAMAR en el 100%.

Alrededor del 25% de los centros escolares privados a los que sirve AUZO LAGUN están ubicados en zonas que se corresponden con lotes a los que esta empresa no ha presentado ofertas en los contratos públicos.

Las alegaciones de las empresas en este sentido muestran incoherencias en cuestiones referentes tanto al precio como a las condiciones por lo que esta alegación no puede ser aceptada.

94. En conclusión, admitiendo que la ubicación de las sedes de las cocinas centrales constituye un factor relevante en la prestación del servicio y consecuentemente en la selección de los lotes a que las empresas presentan sus ofertas, dicho factor no alcanza a tener un carácter tan decisivo como el pretendido por las empresas.

No puede considerarse que el factor de cercanía de las cocinas supone una justificación suficiente al hecho de que las empresas opten, durante un tiempo superior a 10 años, de forma homogénea y con pautas coincidentes, a presentar sus ofertas a los mismos lotes, renunciando a competir en los demás.

La única explicación lógica de tal pauta de actuación sincronizada entre todas las empresas es la previa concertación. Únicamente con la garantía previa de la ausencia de competencia puede una empresa presentar ofertas al o los lotes que tradicionalmente se venían ejecutando en varios casos sin realizar reducciones de precio sobre el de homologación.

- Justificación de la oferta logística

95. En relación al factor logístico el pliego de concreción de hechos afirmaba - en los puntos 33, 34, 35, 36, 37 y 58- que las empresas realizan un mayor esfuerzo en número de furgonetas y, por tanto, de rutas, tan solo en el lote en que tradicionalmente han venido prestando servicios y que esta circunstancia,

que generaría un mayor gasto, no se ve reflejada, ni relativa, ni proporcionalmente en el precio.

96. Varias empresas en sus escritos de alegaciones a la PR discrepan de esta afirmación bien porque afirman haber realizado ofertas logísticas más competitivas en lotes diferentes a los que han venido ejecutando (aunque las valoraciones recibidas no lo corroboran), bien porque no se pone en relación adecuadamente el presupuesto de los lotes con el número de rutas ofrecidas.

97. Aunque podría aceptarse la alegación en virtud de la cual un mayor interés de una empresa en un determinado lote podría llevarle a presentar una mejor oferta logística en el mismo lote en que presente además el precio más bajo, este hecho no puede llegar a justificar el que las empresas presenten ofertas en diversos lotes en los contratos primeros contratos derivados y que no presenten oferta más que en el lote tradicional en los subsiguientes segundo y tercero contratos derivados.

- Capacidad de las empresas.

98. Varias empresas han explicado la selección de un lote determinado que no toma en consideración un mayor presupuesto justificando que este mayor presupuesto no necesariamente supone un mayor beneficio: se alega que las empresas se guían por criterios de beneficio y eficiencia; que las empresas tienen una estructura económico-financiera, de personal y de costes que hace que un lote de mayor volumen, que a primera vista pudiera ser más interesante, no sea el lote que más les conviene ejecutar porque no les hace maximizar su beneficio.

Debemos rechazar tal genérica afirmación carente de datos fundamentados.

99. El presupuesto asignado a cada lote y curso en el periodo analizado se recoge en el siguiente cuadro:

| Presupuesto de lotes por curso escolar(IVA incluido) | | | | | | |
|-------------------------------------------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| LOTE | 2003/2004 | 2004/2005 | 2005/2006 | 2006/2007 | 2007/2008 | 2008/2009 |
| LOTE 1 | 3.291.500,79 | 3.447.675,03 | 4.558.382,89 | 5.312.281,21 | 5.858.987,87 | 7.771.635,67 |
| LOTE 2 | 3.902.064,22 | 4.687.994,68 | 6.095.613,58 | 7.058.650,92 | 7.842.830,75 | 10.375.172,60 |
| LOTE 3 | 3.366.244,81 | 3.518.445,75 | 4.441.211,30 | 5.136.668,61 | 5.783.898,49 | 7.732.660,57 |
| LOTE4 | 4.279.075,90 | 5.057.617,51 | 6.791.798,52 | 7.707.441,97 | 8.739.319,52 | 11.544.425,70 |
| LOTE 5 | 4.071.518,85 | 4.259.000,52 | 5.420.445,70 | 6.341.566,18 | 6.928.990,59 | 9.104.584,22 |
| LOTE 6 | 2.853.753,47 | 2.159.127,02 | 3.797.951,44 | 4.575.683,91 | 5.315.310,81 | 7.257.164,30 |
| LOTE 7 | 4.869.132,80 | 6.247.517,44 | 6.778.033,47 | 7.824.517,04 | 11.104.893,10 | 14.989.824,90 |
| LOTE 8 | 2.101.652,64 | 2.946.239,10 | 4.024.060,74 | 4.824.468,43 | 6.263.853,76 | 9.174.739,40 |
| TOTAL | 28.734.943,48 | 32.323.617,05 | 41.907.497,64 | 48.781.278,27 | 57.838.084,89 | 77.950.207,36 |
| LOTE | 2009/2010 | 2010/2011 | 2011/2012 | 2012/2013 | 2013/2014 | 2014/2015 |
| LOTE 1 | 8.072.157,93 | 8.951.791,37 | No se | 8.147.497,97 | 7.925.120,00 | 7.925.120,00 |

| | | | | | | |
|--------------|----------------------|----------------------|----------|----------------------|----------------------|----------------------|
| LOTE 2 | 10.724.564,70 | 11.328.119,78 | adjudica | 11.049.771,02 | 11.108.160,00 | 11.108.160,00 |
| LOTE 3 | 7.621.248,78 | 7.921.094,71 | | 7.192.319,49 | 6.997.120,00 | 6.997.120,00 |
| LOTE4 | 13.253.192,49 | 13.761.709,12 | | 12.702.964,53 | 12.778.560,00 | 12.778.560,00 |
| LOTE 5 | 9.044.707,08 | 9.638.922,48 | | 8.882.250,64 | 8.843.840,00 | 8.843.840,00 |
| LOTE 6 | 11.316.935,55 | 11.051.358,64 | | 10.722.438,69 | 10.616.320,00 | 10.616.320,00 |
| LOTE 7 | 17.161.071,79 | 20.518.498,34 | | 11.347.713,22 | 9.335.680,00 | 9.335.680,00 |
| LOTE 8 | 11.219.680,63 | 12.263.381,57 | | 9.471.889,67 | 11.794.880,00 | 11.794.880,00 |
| LOTE 9 | | | | 5.581.925,32 | 6.069.120,00 | 6.069.120,00 |
| LOTE 10 | | | | 7.673.031,44 | 7.331.200,00 | 7.331.200,00 |
| TOTAL | 88.413.558,95 | 95.434.876,01 | | 92.771.801,99 | 92.800.000,00 | 92.800.000,00 |

Dada la capacidad productiva de cada empresa y teniendo en cuenta que las distancias desde las empresas a los diferentes lotes no son como veíamos determinantes, las empresas podrían competir por conseguir lotes que les aportaran mayores ingresos que el que ejecutan habitualmente.

En el último curso escolar 2014/2015, si se comparan los lotes 1 a 5 de Bizkaia, el lote de mayor presupuesto, el 4 con 12.778.560 €, tiene un presupuesto de casi el doble que el lote 3, de 6.997.120 €.

Sin embargo, las empresas no realizan ofertas competitivas para obtener lotes diferentes a los que han ejecutado tradicionalmente.

En aquellos contratos derivados en los que las empresas licitaron a un único lote (tanto en los derivados de las homologaciones como del acuerdo marco) hubiera sido previsible que, en ausencia de acuerdo previo por parte de las empresas, varias de ellas hubieran licitado a los lotes más atractivos económicamente hablando. Para poder conseguir esos lotes más rentables, las empresas habrían tenido que competir con el consiguiente beneficio para la administración y los ciudadanos.

100. En el caso de las empresas ubicadas en Bizkaia, las diferentes distancias entre las cocinas centrales no son significativas. Incluso en los supuestos de distancias más alejadas entre lotes y cocinas centrales (85 km) la cuantía económica de los lotes afectados compensaría el incremento de coste generado. En este sentido procede recordar las afirmaciones de TAMAR que expresamente admitía lo contrario; es decir, que el lote 4 de mayor presupuesto le suponía un mayor beneficio que su lote tradicional, el lote 1.

Esta alegación no puede considerarse explicación alternativa a la concertación en todos sus elementos de cambio de política de presentación de ofertas entre los primeros y subsiguientes contratos derivados y la presentación de ofertas no competitivas en los casos en que concurren en solitario. Sólo la previa concertación puede explicar este comportamiento en su totalidad.

Por otra parte, en ausencia de un acuerdo, **licitar tan solo a un lote y arriesgarse** a que la oferta realizada no sea la mejor de las presentadas, hubiera supuesto un riesgo inasumible desde el punto de vista empresarial. En

previsión de esa contingencia, las empresas hubieran licitado a más de un lote con ofertas competitivas para tener más posibilidades de ser adjudicatarias de alguno. Esta consideración cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que en la facturación relativa a comedores escolares de las empresas tiene un mayor peso específico el sector público, un 75% en promedio, frente al 25% del sector privado. Es decir, el mantenimiento de los contratos públicos resulta fundamental para la gestión ordinaria de estas empresas.

| Facturación público privada en comedores escolares | | | | | | | | | | |
|----------------------------------------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| | 2014 | | 2013 | | 2012 | | 2011 | | 2010 | |
| | Público | Privado | Público | Privado | Público | Privado | Público | Privado | Público | Privado |
| AUZO LAGUN | 66% | 34% | 68% | 32% | 68% | 32% | 67% | 33% | 68% | 32% |
| BASKA | 68% | 32% | 70% | 30% | 71% | 29% | 69% | 31% | 70% | 30% |
| EUREST | 87% | 13% | 89% | 11% | 88% | 12% | 88% | 12% | 87% | 13% |
| GASCA | 44% | 56% | 45% | 55% | 45% | 55% | 44% | 56% | 48% | 52% |
| GOÑI | 84% | 16% | 84% | 16% | 86% | 14% | 85% | 15% | 85% | 15% |
| MAGUI | 97% | 3% | 98% | 2% | 98% | 2% | 98% | 2% | 97% | 3% |
| TAMAR | 69% | 31% | 68% | 32% | 72% | 28% | 72% | 28% | 71% | 29% |

Algunas afirmaciones llevadas a cabo por las empresas en las alegaciones realizadas en el expediente contradicen esta explicación alternativa. En el primer contrato derivado del Acuerdo Marco del año 2011 (curso escolar 2012-2013), TAMAR resultó adjudicataria del lote 4 en lugar del lote 1 (aunque tal adjudicación fue, como hemos, visto anulada).

Manifestaba TAMAR en sus alegaciones al Pliego:

“Tal decisión [la de anulación] fue perjudicial para **TAMAR**, dado que **consideraba que el lote 4 adjudicado por la Mesa le era más beneficioso que el 1**, el que le correspondía por la prórroga. **En tal sentido, TAMAR presentó un escrito donde manifestaba que la Resolución [de anulación] le era perjudicial desde un punto de vista económico.**”

Esta manifestación de TAMAR no puede comprenderse salvo por la existencia de una concertación previa de reparto de lotes entre todas las empresas: No tiene lógica que TAMAR reconozca que el lote 4 le resulta más beneficioso desde el punto de vista económico que el lote 1 que tradicionalmente venía prestando y que con posterioridad en los segundos y sucesivos contratos derivados de las homologaciones de los años 2003, 2005 y 2008, así como del Acuerdo Marco del año 2011 se limite a presentar oferta exclusivamente al Lote 1 sin presentarse al lote 4. No existe lógica económica en esta conducta, máxime cuando hasta el 71% de la facturación de la empresa en el sector de comedores escolares dependía exclusivamente de ese contrato.

De la misma forma tampoco existe una explicación lógica para que en los cursos escolares de los segundos y sucesivos contratos derivados de todo el periodo, TAMAR se presente solo al lote 1 cuando el resto de lotes cercanos de

Bizkaia (1 al 5) tienen todos ellos mayor presupuesto y por tanto mayor beneficio, tal y como ella misma reconoce respecto al lote 4.

101. De lo expuesto se deduce que la genérica referencia a que las empresas se orientan hacia una eficiencia no directamente relacionada con el presupuesto de cada lote, no tiene capacidad para desvirtuar la evidencia de que existen diferencias de presupuesto hasta el 54% y que tal diferencia necesariamente tiene un reflejo en la cuenta de resultados de las empresas prestadoras y en los beneficios obtenidos.

- La capacidad productiva de las empresas como justificación de la conducta

102. En el punto 28 del PLIEGO se concreta el hecho de que las licitaciones, hasta el curso escolar 2013-2014, no limitaban la presentación de ofertas a la capacidad productiva las empresas. Así todo, las empresas solo presentaban ofertas a los lotes que venían ejecutando, sin competir en sus ofertas, repartiéndose los lotes y por tanto el mercado.

En los dos cursos escolares 2013-2014 y 2014-2015 a pesar de que el Departamento de Educación modificó los pliegos de los cursos y limitó la presentación de ofertas en función de la capacidad productiva de las empresas, la capacidad de varias de ellas (BASKA, GASCA, AUZO LAGUN Y MAGUI) les seguía permitiendo presentarse a más de un lote y, sin embargo, todas ellas optan por seguir el patrón de los cursos anteriores y presentarse al mismo lote/lotés.

103. MAGUI solo se encontraba homologada al lote 8 (lotes 9 y 10 tras el acuerdo marco del 2011) y por ello solo podía licitar en esos lotes (de los que ha sido la tradicional adjudicataria) (aun cuando tenía capacidad productiva para homologarse en más lotes).

Ha quedado acreditado que en el caso de MAGUI el 97% de su facturación en comedores escolares se circunscribe a colegios públicos y tan solo el 3% a colegios privados. Su facturación a colegios es del 99,3% de su total (dado que presta algún servicio de restauración a colectividades diferentes a los colegios); es decir, perder este contrato les supondría perder el 91,3% del total de su facturación. Por ello, una hipotética pérdida de adjudicación del único lote al que se presenta cada empresa les hubiese ocasionado perjuicios de extraordinaria gravedad.

Es cierto que en el caso de esta empresa, la limitación de capacidad acreditada en relación con los lotes para los que está homologada, resulta explicación alternativa al acuerdo respecto de la parte de la conducta que supone alterar la política de ofertas entre los primeros contratos derivados y los segundos y terceros. Como se ha venido precisando a lo largo de esta resolución, MAGUI

no tiene posibilidad de presentar ofertas en un número mayor de lotes de los que ordinariamente ejecuta y tampoco cabe la posibilidad de que realice ofertas en lotes diferentes por su falta de homologación.

Asumiendo por tanto que no participa en una parte de la pauta descrita, no cabe sin embargo explicar la razón que lleva a esta empresa a presentar sus ofertas a precio de extraordinariamente próximo al de homologación (es decir, sin realizar rebajas sensibles) cuando existen otras 3 ó 4 empresas dependiendo de los años que están homologadas en sus lotes y que podrían por tanto, de no existir concertación empresarial, realizar ofertas que pusiesen en riesgo la ejecución del lote que MAGUI ha venido prestando.

Los hechos probados acreditan que las empresas homologadas en el lote/s de MAGUI se han abstenido de realizar ofertas, o bien han realizado ofertas de acompañamiento en los lotes que finalmente serían ejecutados por MAGUI (en algunos casos presentando incluso ofertas incompletas carentes de la parte de logística lo que genera una exclusión automática). Este hecho evidencia un pacto de no invasión entre las empresas en el que cada una respeta el lote de las demás y no compite por otros lotes.

En conclusión, también MAGUI filial de AUZO LAGUUN forma parte de la pauta de actuación conjunta y concertada de la totalidad de las empresas objeto de este expediente sancionador ya que, en circunstancias de normal competencia, su conducta de presentación de ofertas, no siguiendo la pauta completa dadas sus especiales circunstancias, no obedece a la lógica, sino a la seguridad de que se no van a existir otras ofertas (que podrían ser más competitivas) para ese lote.

104. GASCA alega, en referencia al primer contrato derivado de la homologación del año 2003, que su estrategia es “defensiva” y la explica del siguiente modo:

“En lo que respecta a GASCA, ésta presenta oferta a todos los lotes a los que ha sido homologada como estrategia defensiva, para que en caso de que no le sea adjudicado el lote 5, porque algún licitador haya presentado una oferta más competitiva, se le adjudique otro. Esta cuestión es inevitable teniendo en cuenta la limitación que supone para las empresas su capacidad productiva que hace que no puedan servir a más de un lote simultáneamente, por lo que la adjudicación de algún lote está garantizada tras la homologación. Este hecho es motivo suficiente que no sea necesario ningún acuerdo entre las empresas.”

Esta alegación puede considerarse acreditativa, precisamente, de la falta de explicación alternativa a la concertación del comportamiento de las empresas en los segundos y terceros contratos derivados en que las empresas se limitan a presentar oferta en sus lotes tradicionales. Solo la confianza en la concertación puede llevar a las empresas a presentar su oferta exclusivamente en el lote que han prestado de manera tradicional obviando, en particular, esa estrategia que la empresa denomina “defensiva” y que implicaría competencia real si

fuera acompañada de rebajas no concertadas en los precios o esfuerzos en las demás condiciones.

105. Ha quedado acreditado que las capacidades de producción de las empresas hacen que puedan optar a varios o a distintos lotes aunque en algunos casos solo podrían ejecutar un lote.

Sin embargo, no existe justificación para que cada una de las empresas homologadas sepa cuál es el lote en el que debe realizar una mínima reducción en precio y mejora de la oferta, que garantice la adjudicación en el lote preferido.

La pauta seguida no admite una explicación alternativa lógica, desde una perspectiva económica, que no sea el pacto previo.

La cuestión radica en la existencia de una concertación compleja en forma de “puzle” en que las piezas tan solo encajan cuando cada una de las empresas conoce de antemano el lote y condiciones (incluyendo el precio) al que van a presentar sus ofertas las demás.

De no existir esta concertación y por lo tanto garantía de respeto recíproco de los lotes que se han venido prestando en estos cerca de 15 años, el comportamiento ejecutado por las empresas en los segundos y terceros contratos derivados habría generado un riesgo evidente de que a las empresas menos competitivas no se les adjudicase ningún lote y de que resultaran lotes desiertos por ausencia total de ofertas.

- La relevancia de la capacidad de los menús transportados en caliente en la selección de los lotes

106. Se alega por varias empresas el condicionante que suponen los menús servidos en caliente en la capacidad productiva de la empresa. Se alega en este sentido que este es el elemento crítico que condiciona la elección del lote por parte de las empresas. Esta alegación se extiende no solo a los segundos y sucesivos contratos derivados, sino también a los primeros contratos derivados.

107. Hay que recordar que dicha cuestión se suscitó por primera vez en el recurso especial interpuesto por BASKA a la adjudicación de los lotes 1 a 10 en el primer contrato derivado del Acuerdo marco del año 2011 (curso escolar 2012-2013). En ese caso, la modificación de los criterios de adjudicación por parte de la Administración ocasionó la alteración, por primera y única vez, la relación lotes-empresas³⁶.

³⁶ Los recursos especiales de BASKA y MAGUI se interpusieron contra la Resolución de 2 de octubre de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, de adjudicación del primer contrato derivado del Acuerdo Marco del año 2011.

Para dar respuesta a la alegación, resulta particularmente interesante el fundamento undécimo de la Resolución 33/2013, de 22 de mayo del OARC³⁷:

“UNDÉCIMO: Reprocha G. Vasca que la resolución de adjudicación del contrato derivado incurre en contradicción consigo misma ya que mide arbitrariamente la capacidad productiva de la empresa al no discriminar entre el número real de menús a transportar en caliente y en frío en cada lote y no considerar, tampoco, la incidencia real de la logística. Sostiene que los pliegos guardan silencio sobre esos extremos y que únicamente se encuentran algunas alusiones indirectas en la descripción de los horarios de entrega de cada modalidad, sin que haya una especificación clara sobre cuántas comidas se han de transportar el caliente y en frío a cada centro y en el conjunto de cada lote, lo cual se traduce, en su opinión, en que «(...) no sabemos qué referencia ha tomado el órgano de contratación para ordenar los lotes en el orden en el que lo ha hecho con respecto a GASTRONOMÍA BASKA (ni a ningún otro licitador que haya ganado en varios lotes) ni, por supuesto, para considerar agotada su capacidad y excluirle en otros.» **A continuación, expone el caso real** que si se les adjudican los lotes 8, 9 y 10, según los datos de que dispone, debe atender a un mayor número de menús transportados en caliente (16.001) de los que le permite su capacidad productiva declarada en esta modalidad (9.020). **Por el contrario en los lotes 5 y 6, los preferentes de G. Vasca, basándose en las mismas estimaciones, sí pueden atenderlos puesto que suman 8.436 menús transportados en caliente (9.020 declarados) y 1.944 en frío (12.000 declarados).** A estos factores le añaden el de la capacidad logística para prestar el servicio, ya que el horario para transportar en caliente se reduce en su caso significativamente en los lotes que se le han adjudicado y en especial en el lote 8 que comprende la zona más oriental de Gipuzkoa que es la peor comunicada con sus instalaciones en Mungia. Concluye afirmando que «(...), aun dando por buena la necesidad de buscar una “solución” que ajuste adjudicaciones a capacidad de producción, como parece pretender la Resolución de 2 de octubre de 2012, su aplicación práctica a mi representada lleva a un resultado contrario a la misma, lo que demuestra, nuevamente su arbitrariedad.» Los pliegos dividen cada lote por centros y, dentro de éstos, la modalidad de transporte menús que les corresponde de entre las tres previstas, esto es: cocina transportada en caliente, cocina transportada en frío y cocina “in situ”. Sin embargo, ni en el acuerdo marco ni en el contrato derivado se distingue la cantidad total de menús en cada modalidad que deben transportarse por lote y tampoco por centro. Este dato se antoja relevante pues su conocimiento permitiría, en primer lugar, la realización de las ofertas con un mejor conocimiento de los servicios a realizar y, en segundo lugar, redundaría en beneficio de una mejor logística de entrega en los contratos derivados. **Con todo, debe recordarse que tal circunstancia no fue motivo de reproche ni en el proceso de selección del acuerdo marco ni al conocerse la carátula del contrato derivado, con lo cual los citados documentos quedaron perfeccionados en ese aspecto y los licitadores y la propia administración obligados a su cumplimiento.**”

³⁷ Resolución 33/2013, de 22 de mayo de 2013, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por Gastronomía Vasca, S.A.U. y Central de Cocina MAGUI, S.L. contra la resolución de 2 de octubre de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, de adjudicación del primer contrato derivado del acuerdo marco para el “Suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a este suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación”:

Como correctamente afirma el OARC, el dato de “número de menús en caliente” que ahora se alega como un elemento crítico y condicionante para seleccionar los lotes a los que se presentan ofertas -y que según varias empresas explica y justificaría la repetida relación estable entre los lotes y las empresas- es un dato que nunca apareció expresamente en los pliegos de contratación. Este dato nunca fue exigido por las empresas para la presentación de sus ofertas.

Esta carencia que no ha sido puesta de manifiesto por las empresas hasta el año 2012 resulta en sí misma indiciaria de la existencia de una práctica concertada.

Solo la concertación previa de reparto de mercado puede explicar que la determinación del número exacto de menús transportados en caliente, *in situ* o refrigerados nunca se haya exigido por las empresas para presentar sus ofertas.

El hecho de que se hayan presentado ofertas desconociendo esta cuestión y la alegación posterior de una falta de capacidad real para ejecutar lotes en que se habían presentado ofertas es una prueba de la existencia de ofertas simuladas que se evidencia en la resolución del OARC previamente citada.

Si las licitaciones correspondientes a los cursos escolares del periodo objeto del expediente (cursos desde el 2003-2004 al 2014-2015) nunca han especificado el número de menús en caliente y ninguna empresa ha reclamado tal dato o impugnado el pliego, no resulta creíble ahora hacer de ello el elemento determinante y explicativo de la reiterada relación lotes-empresas en todas las adjudicaciones.

A la vista de lo expuesto, la concertación es la única explicación por la que BASKA presenta oferta única y exclusivamente al lote 4 en los segundos y sucesivos contratos de las homologaciones de los años 2003, 2005 y 2008 así como del Acuerdo Marco del año 2011. Gracias a la previa concertación no hay ningún riesgo de que otra empresa homologada presente una oferta mejor, ya que todos y cada uno de ellos saben que van a ser los únicos que oferten al lote que tradicionalmente vienen prestando servicios.

Menos entendible, si cabe, resulta presentar oferta a un solo lote, cuando algunas empresas como BASKA, se encontraban homologadas a todos los lotes (véase el cuadro del punto 28) y el 70% de su facturación en el sector de comedores escolares dependía única y exclusivamente de ese contrato, según datos facilitados por ella misma.

108. En consecuencia, la alegación consistente en que el número de menús en caliente contenidos en cada lote supone explicación de la conducta de las empresas alternativa a la concertación no puede aceptarse.

- Otras alegaciones

109. Se alega por parte de las empresas que el conocimiento previo de un lote, o la experiencia adquirida en el mismo, permiten gestionarlo mejor y resultan una justificación a la selección alternativa a la existencia de una concertación. Esta explicación encontraría su razón de ser en diversas cuestiones:

- el conocimiento de los costes reales del lote que se viene ejecutando frente al necesario uso de estimaciones respecto del resto de los lotes.
- el conocimiento en detalle de la distribución del número de niños en educación infantil, primaria y secundaria, cuestión que afecta al número de diferentes tipos de menús.
- el conocimiento del número de dietas especiales.
- el conocimiento de los costes laborales.
- el conocimiento de los salarios efectivamente pagados (que no son necesariamente coincidentes con el convenio colectivo).
- el conocimiento del absentismo laboral.
- el conocimiento del número de representantes sindicales, de horas sindicales y horas liberadas y la conflictividad laboral, así como, los costes de formación de los trabajadores.

Según las empresas el desconocimiento de estas cuestiones en el resto de lotes (a los que están homologadas y han presentado ofertas en cada uno de los primeros contratos derivados de las homologaciones y el acuerdo marco) les genera una incertidumbre tal que justifica su conducta.

Estas explicaciones podrían tener sentido si en la licitación se adjudicaran un número reducido de menús. Sin embargo, cuando se trata de colectivos grandes como los de este expediente, con una media aproximada de 45 centros escolares y 9.000 alumnos por lote, las diferencias en tasas de absentismo, edades de los niños y número de menús especiales requeridos se uniformizan en todos los lotes. Por otra parte, el colectivo de trabajadores resulta muy homogéneo tal y como ya quedó explicado en el Pliego (folios 4486-4518).

La misma representación de AUZO LAGUN reconoce esta circunstancia en la página 4 de su escrito de alegaciones calificando el coste de personal como rígido -60% del coste total del servicio según AUZO LAGUN al haberse dispuesto un convenio colectivo específico y exclusivo para todo el personal concernido en los centros y colegios públicos de gestión directa del Gobierno Vasco-.

Las condiciones de la prestación del servicio se encuentran reguladas mediante circulares del Departamento de Educación por lo que pueden considerarse uniformes (folios 3525-3480). En dichas circulares se imparten instrucciones sobre el funcionamiento de los comedores de gestión directa del Gobierno Vasco y se aplica a todos los centros escolares.

Existe una base común de elementos necesarios para la prestación del servicio que se repiten en todos los lotes.

Estas alegaciones se contradicen objetivamente con el hecho cierto de que no consta que las empresas hayan solicitado de la administración mayor nivel de precisión sobre el contenido de las contrataciones; que se han homologado para los diversos lotes, y que en todos los primeros contratos derivados (2003, 2005, 2008 y 2012) las empresas han realizado ofertas en los todos lotes para los que están homologadas.

Aun cuando se defienda el previo conocimiento de las variables que predeterminan la adjudicación de cada lote, no es explicable la actuación concertada de las empresas. La propia sentencia de 8 de marzo de 2002 del Tribunal Supremo recogida en el precedente párrafo 89, se hace eco de previas sentencias que, en el marco de la prueba de indicios, analizan comportamientos coincidentes. Así la sentencia de ese Tribunal de 18 de noviembre de 1996 decía que³⁸:

“existe el dato, admitido unánimemente, de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aun en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes”.

También menciona esta otra sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1999, que dice lo siguiente³⁹:

“Alega el recurrente que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia «el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los demás, figuran únicamente las sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso». En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que -

³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 18 de noviembre de 1996, dictada en los Recursos contencioso-administrativos núm. 709/1995 y 2554/1991.

³⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 28 de enero de 1999, dictada en el Recurso contencioso-administrativo núm. 263/1995.

sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de «unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre», con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos”.

Debe concluirse por tanto que la preferencia por uno o varios lotes tampoco explica la ausencia total de competencia en los segundos y terceros contratos derivados. Únicamente la garantía de que el resto de competidores no va a presentar oferta al lote que cada empresa ha venido ejecutando puede explicar que las empresas hayan presentado oferta sólo a ese o esos lotes preferidos.

- Valoración global de las alternativas ofrecidas

110. En definitiva, las alegaciones de las empresas que manifiestan la preferencia por un lote no constituyen una explicación alternativa a la existencia de una concertación ya descrita.

Otra consecuencia llevaría a la imposible conclusión de que la contratación pública es una entelequia en la que se abren concursos a sabiendas de antemano de que tan solo existe una alternativa razonable de prestación del servicio.

d. Conclusión

111. El CVC considera probados hechos ciertos que constituyen elementos de una práctica concertada de reparto del mercado de la prestación de los servicios de comedores escolares de gestión directa del Gobierno Vasco llevada a cabo por las empresas TAMAR, GASCA, BASKA, EUREST, AUZO LAGUN, GOÑI y MAGUI desde el año 2003 hasta el año 2011 y desde el año 2013 hasta el año 2015.

Se ha acreditado la existencia de un nexo de vinculación entre esos hechos probados y el reparto de mercado pretendido y conseguido por las empresas.

Se ha acreditado que ninguna de las razones alternativas a la concertación ofrecidas por las empresas explican su conducta y que por lo tanto solo la concertación explica la existencia de los diferentes elementos de comportamiento probados.

Este CVC considera por tanto probada de manera indiciaria la existencia de una práctica concertada.

112. La prueba por indicios ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en un supuesto de contratación pública en que se acredita la existencia de una práctica concertada relativa al reparto de lotes entre un grupo de empresas⁴⁰.

⁴⁰ STS 1668/2002, de 8 de marzo de 2002.

El supuesto ya resuelto por el Tribunal Supremo confirma la sanción a una concertación compleja generada por el sistema de ofertas presentadas por las empresas en la contratación en el que no sobra ni falta ninguna pieza, a modo de un perfecto "mosaico" en el que todas las piezas son necesarias y encajan a la perfección.

En aquel caso, al igual que el presente, se trataba de una licitación pública y la prueba utilizada también fue la de presunciones.

"concurrieron entre las ocho a la totalidad de los lotes y sub-lotes sacados a subasta, sin coincidir en ningún caso alguna de las empresas dichas en las ofertas de cualquiera de las otras para la totalidad de las partidas de aceite sacadas a subasta y sin dejar partida alguna sin oferta por parte de alguna de las ocho empresas. Todas las ofertas reunidas componen una especie de mosaico en el que ni sobra ni falta pieza alguna.

Continúa la sentencia:

"En definitiva cabe afirmar, tras realizarse las razonables deducciones expresadas, que las nueve empresas están incursas en el artículo uno 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, porque [...] para la subasta 2.727/89 se pusieron de acuerdo, en los precios a ofertar y en repartirse la totalidad del aceite de oliva que fue objeto de la convocatoria de dicha subasta."

Después de varias consideraciones sobre la prueba de indicios la citada sentencia concluye:

"En definitiva, según acertadamente afirmaba el instructor del expediente y corroboró el Tribunal de Defensa de la Competencia, los indicios de práctica restrictiva consistentes tanto en la "identidad absoluta del precio ofertado (estadísticamente muy improbable para ofertas independientes, dado que la similitud en precios ofertados se ajusta al céntimo por kilogramo de producto) como por **el reparto cuidadoso de los lotes de forma que sobre un mismo sublote no hubiera más que una oferta (también casi imposible en el caso de ofertas no acordadas)"** podían fundar, razonadamente, la imputación y la consiguiente sanción administrativa impuesta que no resulta, en consecuencia, contraria a derecho."

C. Clasificación de la infracción

113. El art. 62.3 a) de la LDC clasifica las infracciones en tres tipos: leves, graves y muy graves. Se considera infracción muy grave, entre otras:

El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en la LDC que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, **prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.**

En el presente caso ha quedado acreditado que se ha producido una práctica concertada entre empresas directamente competidoras entre sí para repartirse las licitaciones.

En consecuencia, la conducta debe considerarse como una infracción muy grave del art. 62.3 a) de la LDC.

2. Antijuridicidad

114. No existen causas que justifiquen la comisión de la conducta tipificada en el artículo 1.1.c) de la LDC.

No existe amparo legal que pudiese subsumirse en el artículo 4 de la LDC, ni se aprecia la concurrencia de elementos de exención de la aplicación de la prohibición del artículo 1.1 LDC.

Por consiguiente hemos de concluir que nos encontramos ante una conducta no solo típica sino también contraria al ordenamiento jurídico habiéndose producido una lesión en el bien jurídico protegido: la protección y mantenimiento de la competencia en el mercado objeto de análisis.

3. Los efectos de la conducta típica y antijurídica en el mercado.

115. Para acreditar el efecto negativo que esta conducta ha tenido en el mercado debe tenerse en cuenta la diferencia existente entre el precio de adjudicación y el precio máximo de homologación.

Esta comparación permite verificar que las rebajas ofrecidas por las empresas en las licitaciones de los diferentes contratos derivados han sido muy pequeñas en los años afectados por esta concertación.

La última columna de la tabla que se recoge a continuación refleja las reducciones efectuadas por las empresas en el curso 2015-2016. En el mismo (no incluido en este expediente) la administración ha llevado a cabo algunos cambios en el proceso de contratación, modificando el número de lotes y los ha hecho diferentes en tamaño. En esta ocasión, habiéndose mantenido el precio máximo de licitación del año anterior, se ha producido una reducción de hasta el 10% en el precio ofertado.

| DESVIACIÓN DEL PRECIO DE ADJUDICACIÓN RESPECTO DEL PRECIO MÁXIMO | | | | | | | | | | | | | |
|------------------------------------------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| | 2003-2004 | 2004-2005 | 2005-2006 | 2006-2007 | 2007-2008 | 2008-2009 | 2009-2010 | 2010-2011 | 2011-2012 | 2012-2013 | 2013-2014 | 2014-2015 | 2015-2016 |
| Suministro comida en caliente (Transportada) | -3,5% | -3,4% | -1,3% | -1,1% | -1,1% | -1,3% | -1,1% | -0,6% | | -4,6% | -0,2% | -0,4% | -10,15% |
| Suministro raciones de materia prima para cocinar <i>in situ</i> | -5,5% | -5,4% | -1,6% | -1,3% | -1,3% | -1,7% | -1,5% | -1,0% | | -2,3% | -0,9% | -1,0% | -10,71% |
| Precio hora-Monitor | -1,4% | -1,4% | -0,8% | 0,0% | 0,0% | -0,3% | -0,1% | -0,1% | | -1,2% | -0,1% | -0,1% | -7,09% |
| Precio hora-office-cocina | -1,7% | -1,6% | -1,1% | 0,0% | 0,0% | -0,4% | -0,3% | -2,0% | | -1,1% | -0,1% | -0,1% | -9,70% |
| Precio hora-office (transportada) | | | -0,8% | 0,0% | 0,0% | -0,3% | -0,1% | 1,9% | | -1,3% | 0,0% | -0,1% | -5,34% |

Se constata que la diferencia entre el precio máximo de licitación y el de adjudicación se ha ido recortando a lo largo del periodo y que la ausencia de competencia real ha supuesto que las empresas no han realizado verdaderos esfuerzos de mejora de sus ofertas en precio.

En un escenario de mayor competencia entre las empresas, 2015-16, los precios han disminuido considerablemente, lo que ha supuesto un gran ahorro para la administración⁴¹. Si se compara el precio medio de adjudicación del curso anterior 2014-2015 con el precio medio de adjudicación del curso 2015-2016, el ahorro aproximado obtenido en la licitación, tan solo en los menús transportados e *in situ* asciende a 3,8 millones de euros.

| Ahorro obtenido con los precios de adjudicación del curso 2015-2016 | | | | | |
|---------------------------------------------------------------------|---------|---------|------------|-------------------|-----------|
| | 2014-15 | 2015-16 | Diferencia | Número de alumnos | Ahorro |
| Precio menú transportado | 2,76 | 2,49 | 0,27 | 58.016,00 | 15.664,32 |
| Precio menú in situ | 1,71 | 1,54 | 0,17 | 35.620,00 | 6.126,64 |
| Ahorro diario | | | | | 21.790,96 |
| Ahorro curso (175 días) | | | | | 3.813.418 |

Fuente: Elaboración propia

A esta cifra habría que añadirle como se mencionaba en la Propuesta de Resolución el ahorro obtenido en los costes de personal. A continuación se realiza dicho cálculo.

En el siguiente cuadro se recogen los precios hora/personal promedio máximo y de adjudicación en los cursos 2014-15 y 2015-16.

| Promedio precio máximo hora/personal 2014-15 y 2015-16 | Promedio precio adjudicación hora/personal 2014-15 | Promedio precio adjudicación hora/personal Curso 2015-16 |
|--------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|
| 23,05 € | 23,02 € | 21,35 € |

En el siguiente cuadro se recoge el número de horas de personal necesario para dar el servicio de comedor escolar, calculado dividiendo el coste del personal entre el precio/hora promedio.

| | Número de Alumnos | Precio máximo Curso 2014-15 y 2015-16 | Coste máximo Curso 2015-2016 | Nº horas(*) |
|--------------------------|-------------------|---------------------------------------|------------------------------|--------------|
| Precio menú transportado | 58.016 | 2,77 | 28.123.256,00 | |
| Precio menú in situ | 35.620 | 1,73 | 10.783.955,00 | |
| Precio hora/personal | | 23,05 | 46.599.033,73 | 2.021.650,05 |
| PRESUPUESTO | | | 85.506.244,73 | |

Una vez conocido el número de horas necesarias para realizar la prestación se calcula el coste que supondría la licitación del curso 2015-2016 aplicando los precios de adjudicación del curso pasado 2014-2015 y se compara con el coste resultante de aplicar los precios de adjudicación del curso 2015-2016. El ahorro total obtenido, que asciende a más de 7 millones de euros, se recoge en el siguiente cuadro.

⁴¹ Debido a que la adjudicación fue recurrida ante el OARC el servicio de comedor del curso 2015-2016 comenzó a realizarse en régimen de prórroga. La nueva adjudicación se ha materializado el 1 de febrero de 2016 una vez resuelto el recurso por parte del OARC.

| | Precio adjudicación 2014-2015 | Coste adjudicación 2014-15 | Precio adjudicación 2015-2016 | Coste adjudicación 2015-16 | Ahorro |
|--------------------------|-------------------------------|----------------------------|-------------------------------|----------------------------|--------------|
| Precio menú transportado | 2,76 | 28.021.728,00 | 2,49 | 25.280.472,00 | 2.741.256,00 |
| Precio menú in situ | 1,71 | 10.659.285,00 | 1,54 | 9.599.590,00 | 1.059.695,00 |
| Precio hora/personal | 23,02 | 46.538.384,23 | 21,35 | 43.162.228,64 | 3.376.155,59 |
| TOTAL | | 85.219.397,23 | | 78.042.290,64 | 7.177.106,59 |

De los datos expuestos se deduce que, ante una limitada apertura a la competencia producida en el curso posterior a la incoación de este expediente, la administración se han beneficiado de un ahorro de más de 7 millones de euros.

Este ahorro es susceptible de aumentar si se generan mayores incentivos a la entrada de operadores en el mercado y a la competencia entre ellos.

116. Varias empresas alegan que según los análisis realizados por la Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos (CEAPA), el precio medio por menú escolar que se ha venido abonando en Euskadi se encuentra totalmente en la media habitual del mercado de servicios de restauración de los comedores escolares de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el precio del menú abonado por las familias, que es fijado por el Gobierno Vasco, no refleja el coste real del servicio ya que el dinero recaudado es insuficiente para pagar el coste de los comedores escolares de gestión directa. Como se señalaba en el punto 30, las cuotas de los comensales abonadas por las familias cubren aproximadamente un 65% del presupuesto consignado a este servicio, el 35% restante es cubierto por el Gobierno Vasco y ha supuesto un montante aproximado de 273 millones de euros en el periodo analizado, desde 2003/04 hasta 2014/15.

117. En conclusión, la concertación de reparto de mercado llevada a cabo por las empresas en el periodo 2003-11 y 2013-15 ha tenido un efecto de mantenimiento de los precios por encima del precio que hubiera resultado de una situación de competencia efectiva en el mercado de los servicios de restauración colectiva a centros públicos de enseñanza con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación.

4. Responsabilidad

A. Culpabilidad

118. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo - recogida asimismo por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sus sentencias 761/2011, de 14 de noviembre de 2011 y 73/2012, de 6 de febrero de 2012– en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea típica y antijurídica, sino que

también es necesario que sea culpable. La culpabilidad es un elemento insoslayable cuando de la aplicación del derecho sancionador se trata y exige que la conducta realizada sea imputable a los expedientados, bien a título de dolo bien a título de imprudencia; es decir, que el sujeto actúe deliberadamente o bien que actúe sin ser consciente —por haber obviado la diligencia que le resultaba exigible— de que su acto puede originar u origina agresiones a la libre competencia.

119. Las empresas objeto de este expediente, tal y como ha resultado acreditado en el precedente relato de hechos probados, solicitaron y obtuvieron la homologación en los distintos procedimientos de esta naturaleza llevados a cabo por el departamento de Educación los años 2003, 2005 y 2008, y en el posterior acuerdo marco de 2011. Las citadas homologaciones se solicitaron y obtuvieron por las empresas para diversos lotes en los que se dividían los citados procedimientos. Las homologaciones habilitaban a las empresas para licitar en cada uno de los lotes en los que estaban homologadas que se convocaron en los sucesivos procedimientos de adjudicación. Pese a ello las empresas renunciaron voluntariamente a competir entre ellas por la adjudicación de los lotes para los que tenían homologación, pero que no habían ejecutado históricamente.

La responsabilidad que se deriva de los hechos probados no es igual para todas las empresas contra las que se ha incoado el expediente.

Este CVC ha considerado que no puede imputarse responsabilidad a las empresas referida a las ofertas realizadas en el curso académico 2012-13. Por lo tanto, la aplicación continuada del reparto de mercado se ha realizado durante el período 2003-2011 y el período 2013-15.

En el caso específico de EUREST EUSKADI la responsabilidad de su infracción se ha de circunscribir al momento de su subrogación en la posición de EUREST COLECTIVIDADES como adjudicatario del Lote 2, siendo antes de tal momento la responsabilidad de forma exclusiva de EUREST COLECTIVIDADES. Sin embargo, se ha de considerar que existe una responsabilidad solidaria de la empresa matriz y su filial ya que EUREST EUSKADI se subroga en la posición jurídica de su predecesora y asume su participación en la práctica concertada iniciada por su matriz. Es decir, el poder de decisión iniciado por la matriz se sigue instrumentando con las mismas pautas a través de su filial. Ha de estimarse que el momento de la subrogación fue el 3 de abril de 2014, fecha en que fue autorizada dicha subrogación mediante resolución de la Viceconsejera de Administración y Servicios del Departamento de Educación (folios 3243 a 3238).

120. Por estas razones las empresas que se detallan a continuación se consideran responsables de infracción al artículo 1. c) de la LDC desde

septiembre de 2003 hasta junio de 2011 y desde septiembre de 2013 a junio de 2015.

- AUZO LAGUN S.COOP.
- COCINA CENTRAL GOÑI , S.L.
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (Desde la licitación del 2003 hasta la subrogación el 3 de abril de 2014 es responsable única y a partir del 3 de abril de 2014 de forma solidaria con su filial EUREST EUSKADI, S.L. hasta la finalización del curso escolar 2014-2015).
- EUREST EUSKADI, S.L. (Desde el 3 de abril de 2014 hasta la finalización del curso escolar 2014-2015 de forma solidaria con su matriz).
- TAMAR LAS ARENAS, S.A.
- GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L.
- GASTRONOMÍA VASCA, S.A.

121. Mención especial merece la participación de la empresa COCINA CENTRAL MAGUI, S.L. en la práctica concertada.

Sus especiales características de capacidad homologada hacen que esta empresa no haya reproducido todos los elementos fácticos que constituyen la base de acreditación de la práctica concertada. En concreto, y como se ha ido precisando en los fundamentos de esta resolución, MAGUI no realiza cambios en su política de oferta entre los primeros y subsiguientes contratos derivados (dado que no está homologada en más lotes de los que ejecuta tradicionalmente).

Aunque su comportamiento en el sistema de reparto de mercado es diferente al de las otras empresas y no cabría reprocharle la falta de presentación de ofertas en los lotes que ella ejecuta del resto de empresas participantes en el reparto, nada salvo su participación en la concertación explica que haya realizado una oferta económica extraordinariamente próxima a su precio máximo de homologación. De haber existido un riesgo de competencia en ese/esos lotes (que suponen más de un 90% de su facturación anual), la empresa habría realizado ofertas realmente competitivas.

Este CVC considera por tanto que MAGUI forma parte de la práctica concertada de reparto de mercado, si bien su participación en la misma está significativamente limitada.

122. AUZO LAGUN alega que la naturaleza cooperativa del GRUPO AUSOLAN, condiciona la aplicación de la normativa de competencia al grupo.

Cabe señalar que independientemente de la forma jurídica que haya adoptado cada una de las empresas que intervienen en este expediente, todas ellas son operadoras en el mercado y compiten en el mismo.

B. Prescripción

123. En relación a la prescripción de las infracciones el art. 68 de la LDC establece lo siguiente:

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado.

(...)

3. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.

124. Se alega por varias empresas la prescripción de cualquier hipotética infracción de los contratos 2003-2004 a 2011-2012 debido a que el contrato derivado del curso 2012-2013 rompió cualquier supuesta práctica infractora continuada previa porque su resultado fue sensiblemente diferente y porque, además, los contratos de los cursos escolares 2011-12 y 2012-13 fueron prórroga del contrato 2010-11. Respecto al curso 2012-2013, se alega que las ofertas y adjudicaciones fueron completamente diferentes tal y como ha quedado relatado en los hechos probados.

125. Este CVC ha considerado que las ofertas realizadas por las empresas en el año 2012-13 no deben ser tomadas en consideración como parte de la conducta infractora. Se realiza por tanto una separación entre la conducta que se verifica desde el año 2003 hasta ese momento y la que se produce desde el año 2013 y el 2015.

Debe analizarse en consecuencia si la primera parte de la conducta puede entenderse prescrita. El último contrato en que las empresas presentan sus ofertas en esa primera parte de la conducta analizada es el correspondiente al año 2010-11. Las ofertas correspondientes se presentaron en julio de 2010 y su ejecución ordinaria, sin tener en cuenta las prórrogas finaliza en junio de 2011. El expediente se incoó el 8 de agosto del 2014. Las partes tuvieron conocimiento formal de la incoación, mediante las notificaciones practicadas el día 11 de agosto.

Es un hecho cierto que la práctica concertada analizada comienza en el 2003. También resulta curioso que alguna empresa en su alegación afirme que se produce una “ruptura” en la práctica comparando el periodo 2003-2011 con el periodo 2011-2015, lo cual implícitamente supone una confirmación de la concertación, al menos, en el primer periodo que se alega prescrito.

Sin embargo, de ningún modo se puede hablar de prescripción de la infracción, ya que la actividad anticompetitiva desarrollada por las empresas no se agota

con el acto de presentación de sus ofertas en julio de 2010, sino que se ejecuta de manera ordinaria sin prórroga alguna hasta junio de 2011. Además, por razones efectivamente ajenas a las empresas expedientadas sigue ejecutándose prorrogado durante el curso escolar 2011-2012. Si bien es cierto que esta prórroga no es imputable a las empresas, desde junio de 2011, momento en que se está ejecutando el contrato sin prórroga alguna, hasta agosto de 2014, momento en que se incoa el expediente, no ha transcurrido tiempo suficiente que pudiera justificar la prescripción de esas conductas. Además, las empresas siguieron prestando servicios en régimen de prórroga gracias al contrato que ilícitamente habían concertado por medio de prórrogas hasta junio de 2012. Es decir, las empresas expedientadas se vieron beneficiadas durante ese tiempo de dicha prórroga y no hicieron nada para evitar esa situación de falseamiento de la competencia durante la ejecución del contrato prorrogado.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de noviembre de 2013⁴².

“...el plazo de prescripción de 4 años no ha llegado a completarse, al haber persistido tal conducta, como detallaremos más adelante, desde 1990 hasta 2005, tal y como resulta de los datos y cuadros sobre sucursales que se recogen en el apartado 4 de la narración fáctica.

En los casos en los que la práctica prohibida consiste no en la suscripción de un mero acuerdo, sino en su ejecución prolongada durante el tiempo, el *dies a quo* del cómputo de la prescripción habrá de situarse en el momento en que cese la práctica prohibida. Así resulta de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007 (recurso 17/2005):

La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que «los hechos se cometieron durante los años 1994 y siguientes». El *dies a quo* no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador.

Igualmente, en los casos de infracción continuada, y tal y como señala el Abogado del Estado en su contestación, no puede declararse la prescripción mientras no haya cesado la conducta.

En el ámbito del Derecho Penal, de donde procede la construcción de la infracción continuada, la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene señalando que el cómputo de la prescripción de los delitos continuados no se inicia hasta la realización del último de los actos integrantes de la continuidad delictiva. Así resulta reconocido en la sentencia de 30 de septiembre de 2008 (recurso 2305/2007, de la Sala 2ª):

y es doctrina jurisprudencial reiterada que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo en prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido

⁴² Tribunal Supremo, Sentencia de 6 de noviembre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso de Casación 2736/2010.

por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las torpes actuaciones del acusado será la que cuente.

[...] Así pues, si todos los acuerdos y prácticas descritos en el fundamento de derecho nº 5 de esta sentencia constituyen una infracción continuada, no cabría apreciar la prescripción, incluso aunque muchos de dichos acuerdos figuren adoptados a principios de 1990, esto es, quince años antes del inicio del expediente sancionador, porque todos ellos integrarían una única infracción, que no había cesado cuando se inició el expediente sancionador en el año 2005.”

Siguiendo la doctrina referida en la citada sentencia, el cómputo del plazo de la prescripción debe comenzar el día de cesación de la actividad. En nuestro este caso, como mínimo, el *dies a quo* es la finalización del curso 2010-2011 en junio de 2011. Por ello debemos concluir que el plazo de 4 años de prescripción finalizaría en junio de 2015 y el expediente sancionador se incoó en agosto de 2014.

Por ello no puede considerarse que concurre la prescripción alegada por algunas empresas. En cualquier caso, dado se trata de una infracción continuada que finaliza en junio de 2014, la alegación de prescripción, no resulta procedente.

C. Confianza legítima

126. La confianza legítima afecta a la culpabilidad del sujeto y, en consecuencia, a la posibilidad de que le sea impuesto un reproche económico por su comportamiento.

El principio de confianza legítima está recogido en artículo 3 de la LRJAP-PAC⁴³.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el principio de confianza legítima debe aplicarse cuando la Administración genera signos externos que resulten lo suficientemente concluyentes como para inducir razonablemente a un particular a confiar en la legalidad de actuación administrativa⁴⁴. El Tribunal Supremo ha indicado que el principio de protección de la confianza legítima no ha de ser aplicado cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien

⁴³ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 12, de 14 de enero de 1999.

⁴⁴ STS 773/1990, de 1 de febrero de 1990; STS 15554/1990, de 1 de febrero de 1990; STS 5320/1997, STS 1375/2000, de 23 de febrero de 2000, de 28 de julio de 1997; STS 6785/2000, de 26 de septiembre de 2000; STS 6868/2009, de 3 de noviembre de 2009; STS 6164/2013, de 22 de noviembre de 2013, STS 1858/2015, de 4 de mayo de 2015.

cuando existen signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente al ciudadano a confiar en la legalidad de la actuación administrativa (...).

127. Se alega por las empresas que su conducta debe estar amparada por el principio de confianza legítima. Son coincidentes las alegaciones relativas a las especiales exigencias de los sistemas de licitación regulados por el Departamento de Educación, a tenor de las cuales el resultado de las licitaciones es una consecuencia natural e inevitable.

Respecto de las licitaciones correspondientes a los cursos 2013 y 2014, se alega que la limitación que impide a las empresas presentar ofertas que superen su capacidad productiva, conocidas las empresas homologadas para cada lote, es motivo suficiente para que se produzca el resultado analizado sin que sea necesario ningún acuerdo entre las empresas.

128. En este sentido debe recordarse que, año tras año desde 2003 hasta 2012, el Departamento de Educación remitía cartas a las empresas homologadas solicitando sus ofertas para los lotes en que hubiesen recibido homologación.

Además, nada en la conducta de la administración podría haber llevado a las empresas a considerar la posible legalidad de su cambio simultáneo de política de presentación de ofertas (es decir al cambio generado entre los primeros contratos derivados y los bloques generados por los segundos y terceros) ni a la práctica consistente en no presentar ofertas competitivas en los diferentes lotes.

Por ello, no puede admitirse la alegación de que el Departamento de Educación del Gobierno Vasco haya generado confianza legítima.

La alegación referida a los años 2013 y 2014, como ya ha quedado acreditado, resulta inasumible, dado que la limitación de la capacidad para presentar ofertas no pre-determina el lote al que éstas vayan a presentarse.

El análisis realizado en los puntos 99 a 102 denominado "Capacidad de las empresas" como justificación de la conducta explica con fundamentos concretos cómo las empresas, asumida la limitación impuesta por la administración, se abstienen de competir.

En opinión de este CVC esta limitación impuesta por la administración en estos lotes, limita, aunque no anula, la capacidad de competir de las empresas. Por ello, sin que sea posible aceptar la confianza legítima alegada por las empresas referida a este período, sí debe ser tenido en cuenta para moderar su responsabilidad en el mismo atenuando la cuantía de la sanción correspondiente.

129. De los datos que obran en este expediente no puede por tanto deducirse la existencia de confianza legítima generada por la administración a los efectos de eliminar la responsabilidad de las empresas y con carácter general, sino solo parcialmente para los cursos 2013 y 2014, a los efectos de reducir la sanción.

5. Análisis de cuestiones procesales

A. Solicitud de práctica de pruebas al CVC

130. GASCA solicita que se admitan como prueba documental los documentos aportados junto con el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución nº 9, 10 y 11. No se admite la prueba documental solicitada por GASCA debido a que se trata de documentos que se podrían haber presentado durante la fase de instrucción, ya cerrada.

131. BASKA solicita prueba documental consistente en la acreditación de la capacidad de producción de los licitadores así como su distribución entre las diferentes modalidades de prestación del servicio (*in situ*, menú transportado en frío y menú transportado en caliente) y consistente en que por parte de la AVC se requiera al Departamento competente del Gobierno Vasco para que remita la siguiente documentación:

"Declaraciones de capacidad productiva que aportaron en su día las empresas para presentarse al acuerdo marco" a las que expresamente se hace referencia en la segunda página del acta de la Mesa de Contratación del Departamento de Educación, Universidades e Investigación de 18 de septiembre de 2012 que figura al folio 317 del expediente sancionador. A los folios 4.722-4.721 del expediente obra, aportada por esta parte, la declaración de capacidad productiva de GASTRONOMÍA VASCA a la que se refiere el acta de la Mesa de Contratación indicado en el que se especifica la distribución de la capacidad productiva entre las diferentes modalidades, sin que figure en el expediente las declaraciones del resto de las empresas.

Esta prueba fue expresamente solicitada por BASKA en su escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, denegándose su práctica mediante providencia de 4 de diciembre de 2015. Allí se decía:

"Las declaraciones de capacidad productiva de las empresas no constan en el expediente. Sí constan sin embargo, en el folio 317, las cifras referentes a las capacidades productivas que las empresas presentaron a la licitación del Acuerdo Marco de 2011.

También constan en el expediente las capacidades productivas de menús transportados declaradas por las empresas en las homologaciones 2005 y 2008 (folios 815 y 2041), que fueron recogidas en el segundo cuadro del punto 29 del PLIEGO.

Se alega por la representación de BASKA que las citadas declaraciones resultan esenciales para determinar el número de lotes que cada empresa puede atender según la modalidad de prestación del servicio y, en especial, los menús transportados en caliente.

Tal afirmación no puede considerarse correcta ya que los datos de la cantidad de menús transportados en caliente no constan en los diferentes pliegos publicados por el poder adjudicador. Los pliegos recogen unas estimaciones del número de comidas *in situ* y comidas transportadas sin distinguir si son “en caliente” o “en frío” -véase a modo de ejemplo el folio 946 del expediente, correspondiente al Anexo II del Pliego de Condiciones Técnicas de la homologación del año 2008 (exp. 11/08), o el folio 723 con similar contenido correspondiente al primer contrato derivado de la homologación del 2008 (exp. 42/08)-. Tampoco en los pliegos del acuerdo marco del 2011 aparece dicho desglose...

Por otra parte la capacidad productiva de BASKA es conocida y ya analizada en la Resolución 33/2013, de 22 de mayo de 2013, del Titular del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la que incluso se ofrecían cifras concretas de los menús transportados en caliente⁴⁵.

Por todo lo expuesto la prueba propuesta ha de desestimarse por improcedente.”

Entendemos que las razones arriba expresadas, así como las utilizadas en el apartado de la relevancia de los menús transportados en caliente, son suficientemente justificativas de las causas por las que se ha de denegar la prueba propuesta por lo que no se accede a la prueba solicitada por BASKA.

B. La inexistencia de propuesta de sanción en la propuesta de Resolución

132. Varios expedientados han alegado la vulneración realizada en su derecho de defensa por no haberse propuesto ninguna sanción en la Propuesta de Resolución. A tal respecto procede manifestar que el art. 50.4 de la LDC establece que:

Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

Dicho artículo no establece el contenido mínimo de las propuestas de resolución, por lo que debe acudir a lo establecido en su normativa de desarrollo, el RDC, que en su art. 34.1 establece:

La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de

⁴⁵ Resolución 33/2013, de 22 de mayo de 2013, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por Gastronomía Vasca, S.A.U. y Central de Cocina MAGUI, S.L. contra la resolución de 2 de octubre de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, de adjudicación del primer contrato derivado del acuerdo marco para el “Suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a este suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación”.

Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. (...)

Como se aprecia, la normativa procedimental en materia de competencia no incluye en el contenido mínimo de las propuestas de resolución la inclusión de una propuesta de la sanción a imponer.

Esta exclusión de una propuesta de sanción en la propuesta de resolución no es una innovación de la normativa en vigor en materia de competencia, sino que es fiel continuadora de la normativa anterior, desde la ley primigenia en la materia⁴⁶. La citada exclusión es una especialidad de la normativa procesal de defensa de la competencia, que se separa de la normativa general, sustanciada en el reglamento que regula el procedimiento sancionador en desarrollo de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual sí exige que se especifique “la sanción que propone que se imponga”⁴⁷.

Finalmente, procede manifestar que, al contrario de lo alegado por varios de los expedientados, la expresión del art. 34.1 del RDC “la responsabilidad que corresponda a sus autores” no puede equipararse, en modo alguno, a una obligación de proponer una sanción, siendo así que la Propuesta de Resolución emitida en su día ya incluyó un epígrafe V. bajo la rúbrica Responsabilidad.

Por todo ello este CVC considera que no procede aceptar la alegación formulada.

⁴⁶ La Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE nº 175, de 23 de julio de 1963) establecía en su art. 22.4 que “El Director del Servicio, una vez concluso el expediente, lo remitirá al Tribunal, acompañado de un informe-propuesta que exprese las prácticas observadas, sus antecedentes y los efectos producidos”. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (BOE nº 170, de 18 de julio de 1989) establecía en su art. 37.3 que “El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, los efectos producidos y la calificación que le merezcan los hechos”.

⁴⁷ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993; Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992, modificada por Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto, BOE-A-1993-21772, por Ley 6/1997, de 14 de abril, BOE-A-1997-7878, por Ley 29/1998 de 13 de julio, BOE-A-1998-16718, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, BOE-A-1999-847, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, BOE-A-2001-24965, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, BOE-A-2003-21187, por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, BOE-A-2003-23936, por Ley 11/2007, de 22 de junio, BOE-A-2007-12352, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, BOE-A-2009-17493, por Ley 18/2009, de 23 de noviembre, BOE-A-2009-18732, por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, BOE-A-2009-20725, por Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, BOE-A-2011-11641, por Ley 19/2013, de 9 de diciembre, BOE-A-2013-12887, por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, BOE-A-2013-13756, por Ley 15/2014, de 16 de septiembre, BOE-A-2014-9467, por Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, BOE-A-2015-6517. Texto consolidado accesible en el link <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>.

C. Errores materiales

133. Se admite la alegación de que GOÑI y MAGUI no pertenecen al Grupo AUSOLAN hasta 2004 y 2011 respectivamente. Por ello se han corregido los cuadros denominados “Cuotas de mercado del sector de comedor escolar público” y “Adjudicaciones periodo 2003-2015”. Este cambio no afecta a las conductas imputadas a las empresas puesto que el reparto de los lotes entre las empresas se mantiene idéntico en el periodo analizado, tanto cuando las empresas son independientes como cuando forman parte del grupo.

134. Se admite la alegación de varias empresas que matizan que en el primer contrato derivado del 2003 no ofertaron su precio máximo de homologación en los lotes que no prestaban servicios tradicionalmente. La descripción detallada de las ofertas realizadas en tal periodo se contiene en su apartados correspondiente de los hechos probados, puntos 39 a 45 y siguientes, que no han sido desvirtuados por ninguna alegación. Por ello se confirman en todos sus términos las conclusiones que se habían alcanzado con las consecuencias expresadas en la presente resolución.

D. Respuesta a las alegaciones de instrucción irregular

135. Se ha alegado por las partes una instrucción irregular del expediente que evidencia la falta de imparcialidad con la que se ha desenvuelto la instrucción.

136. Analizados los hechos probados se comprueban una concatenación cronológica de todas las actuaciones llevadas a cabo por la Dirección de Investigación con objeto del esclarecimiento de los hechos. El tiempo de gestión del procedimiento no vulnera ninguna norma, ya que se encuentra dentro de los plazos fijados por la ley.

Dicho tiempo ha sido necesario para el estudio y análisis de toda la información recabada del Gobierno Vasco. Por ello no se puede alegar irregularidad de la que pueda deducirse falta de imparcialidad.

Tal y como se relata en los hechos probados han sido reiteradas las solicitudes de información primero a la Administración antes de la incoación, después a las empresas expedientadas y también a la Administración de manera reiterada. La documentación recabada fruto de dichas solicitudes ha de ser analizada y sopesada y precisa de tiempo.

Por otra parte, tampoco es cierto que se hayan denegado todas las solicitudes de ampliación de plazo realizadas ya que respecto a la solicitud de documentación de 15 de septiembre, aclarada mediante providencia de 22 de septiembre de 2015, se fue flexible en la recepción de la documentación y verbalmente se admitió una ampliación de varios días.

Por otra parte, los representantes de las empresas han podido acceder al expediente siempre que lo han deseado y se les ha facilitado en formato electrónico todo el expediente foliado y escaneado siempre que lo han solicitado.

137. El art. 36.1 de la LDC establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo. Dicho artículo fija el plazo máximo para resolver y notificar, pero sin distribuir dicho plazo entre las fases de instrucción y resolución.

Por su parte, el art. 28.4 del RDC establece que el plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación.

A tal respecto, la CNC se pronunció manifestando que “el plazo previsto en el reglamento no es preclusivo ni originador de caducidad, institución que se reserva al cómputo de los dieciocho meses desde la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador”⁴⁸.

Asimismo, en un pronunciamiento previo, la CNC manifestó que “el único plazo para la caducidad del procedimiento es que no se haya resuelto a los 18 meses desde la incoación, tal como dispone el artículo 38.1 de la LDC, sin que el plazo de 12 meses para la instrucción que marca el artículo 28.4 del RDC sea más que un plazo autoimpuesto, que en ningún caso, puede ser causa de caducidad del procedimiento, como de forma expresa se recoge en dicho artículo del Reglamento”⁴⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional al considerar que “(...) resulta en consecuencia que la caducidad del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia tiene lugar cuando han transcurrido 18 meses sin que haya recaído resolución alguna en el expediente. Ahora bien: el hecho de que la fase de instrucción haya superado en este caso el plazo de instrucción del expediente establecido en el artículo 28.4 del RDC (12 meses) no trae la consecuencia que propugna la actora de caducidad del procedimiento. El precepto en cuestión anuda la caducidad al transcurso de 18 meses en total, lo que confirma el art. 38.1 de la Ley 15/2007 que establece la consecuencia de la caducidad sólo para el supuesto en que se supere el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente sancionador. La Dirección de Investigación por tanto ha vulnerado una norma reglamentaria, pero esa infracción del plazo de duración de la instrucción no tiene la consecuencia que

⁴⁸ Resolución de 31 de julio de 2010, Transitarios, Exp. S/0120/08 y Resolución de 24 de junio de 2011, Bombas de Fluidos, Exp. S/0185/09

⁴⁹ Resolución de 24 de septiembre de 2009, Empresas Estibadoras, Exp. 2805/07.

pretende el recurrente consistente en la caducidad del procedimiento al no estar prevista en la LDC⁵⁰.

Por tanto, este CVC desestima la alegación de la caducidad del expediente.

6. Determinación de la cuantía de la sanción

138. De conformidad con el artículo 63 de la LDC las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa⁵¹.

La Ley 16/1989 establece en su artículo 10 que la multa por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la misma será hasta 901.518,16€⁵². Esta cuantía podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

Por su parte el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 establece un sistema de cálculo de la sanción basado en el volumen de negocio que depende de la gravedad de la infracción con el mismo límite máximo⁵³.

Por todo ello, respecto de la sanción a imponer, este CVC considera que habiéndose facilitado por todas las empresas el volumen de negocios total de

⁵⁰ Sentencia de doce de abril de dos mil trece de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Recurso 395/2011. FJ 3º.

En el mismo sentido véase la Sentencia de 25 de marzo de 2015 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Recurso 76/2012, FJ 2º que establece "(...) la separación entre la fase de instrucción y decisión, que es evidente que existe, no tiene la rigidez que pretende la recurrente según claramente se desprende de la Ley 15/2007 (artículo 36.1 que fija un plazo único de 18 meses, conjunto, para instruir y resolver)". Igualmente En el mismo sentido, la Sentencia de veinte de marzo de dos mil quince de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Recurso 249/2011.

⁵¹ STS de 29 de enero de 2015 que aborda el método de cálculo de las multas en materia de competencia y determina que el cálculo de la sanción se realiza sobre el volumen de negocio total de la empresa.

⁵² El precepto dice literalmente "1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los [artículos 1, 6 y 7](#), o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el [artículo 4.2](#), multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

⁵³ "c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

cada una de ellas, la regulación de ambas leyes es igual en sus límites máximos de cara al cálculo de la sanción.

Como se ha de optar por una de las citadas normas y dado que el CVC basa este procedimiento en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia se opta por aplicar también dicha Ley al cálculo de la sanción, por ser mayor el tiempo transcurrido dentro del periodo analizado, además de porque el artículo 64 de la Ley 15/2007 ofrece criterios para determinar el importe de la sanción, cuestión que no se preveía en la Ley 16/1989.

139. Con arreglo al artículo 64 LDC el importe de las sanciones se fijará atendiendo entre otros a los siguientes criterios: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

140. La práctica llevada a cabo por las 7 empresas participantes en el reparto de mercado afecta a la totalidad del mercado de prestación de servicio de comedores a centros escolares de gestión pública del Gobierno Vasco. Este mercado tiene una especial relevancia, ya que las alteraciones de precios y condiciones afectan a un porcentaje elevado de población y los costes son parcialmente financiados por el Gobierno Vasco de manera directa (en un 35% del presupuesto) e indirecta (vía ayudas a estudiantes).

La conducta se ha extendido durante los años 2003 a 2010 y 2013 a 2015; es decir, genera un reparto de mercado en 10 cursos académicos.

En los años 2003 a 2011, la conducta está integrada por los diferentes elementos probados como integrantes de la conducta. Por ello la consideración de la conducta de las empresas se produce de manera plena y en todos sus elementos.

En los años 2013 a 2015, la limitación establecida por la administración supone que las empresas tienen su capacidad de presentación de ofertas más restringida y por tanto su responsabilidad en esos dos cursos debe ser atenuada.

En aras de conseguir la máxima garantía de los derechos de defensa de las empresas no se ha considerado en el cálculo de la sanción ninguno de los años en que se han producido prórrogas de los contratos, aunque durante los mismos las empresas se han beneficiado de la infracción cometida.

La conducta ha generado graves efectos cuantificables en el mercado. La apertura parcial a la competencia que se ha producido en el curso 2015-16, incoado el expediente, ha generado un descenso en el precio final pagado por el servicio que se ha cuantificado en más de 7 millones de euros.

El hecho de que la conducta genere una alteración tan sofisticada de la contratación pública supone una estabilización del ilícito que beneficia extraordinariamente a las empresas y perjudica en la misma medida al interés general⁵⁴.

En aras del máximo respeto del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, se han considerado los volúmenes de negocio total de cada una de las empresas y, teniendo en cuenta la gravedad y efectos de la infracción se ha decidido la imposición de una sanción del 5% del volumen de negocio de las empresas por la participación todos los elementos de la conducta durante los primeros 8 años. La participación parcial en la práctica (que se produce en todos los casos en los contratos de 2013 y 2014 y durante todos los años en el caso de MAGUI) se ha considerado merecedora de una sanción de 0,5% del volumen de negocio por año.

Calculado de este modo el montante de base de la sanción, se ha realizado una ponderación basada en la cuota de mercado de cada una de las empresas en la práctica llevada a cabo.

Además se ha realizado otra ponderación, en este caso de reducción, para considerar reducciones en las sanciones en los casos de empresas en que, por ser multi-producto, el peso específico de la actividad infractora es escaso en su actividad total.

Este cálculo tiene como resultado la imposición de las siguientes sanciones.

141. AUZO LAGUN tiene un volumen de negocios total de 82.568.885,42€.

Ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 2 cursos con una atenuante.

Su cuota en el mercado afectado por la práctica es de un 37%. Es la empresa que tiene una cuota de mercado más elevada y ha adquirido otras dos de las empresas implicadas. Por ello su capacidad de influencia en el mercado es más elevada que la del resto.

⁵⁴ Por esta razón, en varios países de nuestro entorno el ordenamiento jurídico responde con contundencia frente a estos acuerdos imponiendo, además de multas sancionadoras, penas privativas de libertad. En Alemania el artículo 298 del Código Penal prevé una pena de privación de libertad de hasta cinco años o multa. Véanse las Sentencias del Bundesgerichtshof aplicando la citada regulación de 21 de noviembre de 2000, As. 1 StR 300/00; de 7 de septiembre de 2004, As. 4 StR 234/04, y de 24 de junio de 2004, As. 4StR 428/03.

Por ello se le impone una sanción del 7,40% del volumen de negocios total de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 6.108.446,14 €.

142. BASKA tiene un volumen de negocios total de 25.565.919 €.

Ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 2 cursos con una atenuante.

Su cuota de mercado en la práctica que genera la infracción es de un 12%.

Por ello se le impone una sanción del 6,05% del volumen de negocios de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 1.546.226,78€.

143. GOÑI tiene un volumen de negocios total de 8.144.539,75€.

Ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 2 cursos con una atenuante.

Su cuota de mercado en la práctica que genera la infracción es de un 7%.

Por ello se le impone una sanción del 6,42% del volumen de negocios de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 522.879,45 €.

144. GASCA tiene un volumen de negocios total de 30.808.000 €.

Ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 2 cursos con una atenuante.

Su cuota de mercado en la práctica que genera la infracción es de un 10%.

Por ello se le impone una sanción del 5,28% del volumen de negocios de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 1.626.662,40 €.

145. TAMAR tiene un volumen de negocios total de 19.004.592 €.

Ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 2 cursos con una atenuante.

Su cuota de mercado en la práctica que genera la infracción es de un 8%.

Por ello se le impone una sanción del 5,83% del volumen de negocios de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 1.108.347,80 €.

146. MAGUI tiene un volumen de negocios total de 13.611.016,98 €.

Ha participado en la conducta durante al menos 10 cursos de manera limitada por sus propias condiciones.

Su cuota de mercado en la práctica que genera la infracción es de un 14%.

Por ello se le impone una sanción del 5,70% del volumen de negocios de la empresa El resultado de la sanción impuesta es de 775.827,97 €.

147. La situación de EUREST resulta especial por la subrogación acaecida en 2014.

EUREST Colectividades tiene un volumen de negocios total de 217.550.000 €.

EUREST Euskadi tiene un volumen de negocios total de 24.414.000 €.

La primera ha participado en la conducta durante al menos 8 cursos sin atenuación y durante 1 curso con una atenuante.

La segunda ha participado tan solo en la conducta atenuada del curso 2014.

La cuota de mercado de ambas en la práctica que genera la infracción es de un 11%.

Siguiendo los parámetros hasta ahora establecidos a EUREST Colectividades se impone una sanción del 3,05% de su volumen de negocios y a EUREST Euskadi del 0,56%. El resultado de la sanción impuesta es de 135.497,70 € para EUREST Euskadi y de 6.640.713,75 € para EUREST Colectividades.

Por todo ello, este CVC considera que deben imponerse las siguientes sanciones:

- En el caso de AUZO LAGUN S.COOP. una multa por importe de 6.108.446,14€.
- En el caso de COCINA CENTRAL GOÑI , S.L. una multa por importe de 522.879,45€.
- En el caso de COCINA CENTRAL MAGUI , S.L. una multa por importe de 775.827,97 €.
- En el caso de EUREST COLECTIVIDADES, S.L una multa por importe de 6.640.713,75 €.
- En el caso de EUREST EUSKADI, S.L. una multa por importe de 135.497,70€.
- En el caso de TAMAR LAS ARENAS, S.A.una multa por importe de 1.108.347,80 €.
- En el caso de GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S .L.una multa por importe de 1.626.662,40 €.
- En el caso de GASTRONOMÍA VASCA, S.A.una multa por importe de 1.546.226,78 €.

V. RESUELVE

PRIMERO.- Declarar acreditada una infracción del artículo 1.1 c) de la LDC por una práctica concertada de reparto del mercado de la prestación de los servicios de comedores escolares de gestión directa del Gobierno Vasco desde

el año 2003 hasta el año 2011 y desde el año 2013 hasta el año 2015 con todas las consecuencias legales que conlleva desde la perspectiva de competencia y de contratación pública.

De la citada práctica son responsables las siguientes empresas:

- AUZO LAGUN S.COOP.
- COCINA CENTRAL GOÑI, S.L.
- COCINA CENTRAL MAGUI, S.L.
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L.
- EUREST EUSKADI, S.L.
- TAMAR LAS ARENAS, S.A.
- GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L.
- GASTRONOMÍA VASCA, S.A.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones:

- En el caso de AUZO LAGUN S.COOP. una multa por importe de 6.108.446,14€.
- En el caso de COCINA CENTRAL GOÑI , S.L. una multa por importe de 522.879,45€.
- En el caso de COCINA CENTRAL MAGUI , S.L. una multa por importe de 775.827,97€.
- En el caso de EUREST COLECTIVIDADES, S.L una multa por importe de 6.640.713,75 €.
- En el caso de EUREST EUSKADI, S.L. una multa por importe de 135.497,70 €.
- En el caso de TAMAR LAS ARENAS, S.A. una multa por importe de 1.108.347,80 €.
- En el caso de GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S .L. una multa por importe de 1.626.662,40 €.
- En el caso de GASTRONOMÍA VASCA, S.A. una multa por importe de 1.546.226,78 €.

TERCERO.- Ordenar a las empresas sancionadas el cese de la conducta infractora y prohibir la reiteración de conductas que tengan el mismo objetivo o lleven aparejado el mismo efecto.

CUARTO.- Ordenar a las empresas sancionadas a que justifiquen ante la Dirección de Investigación de esta AVC la ejecución de la multa impuesta.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación de esta AVC para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la AVC, y notifíquese a todos los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

PRESIDENTE

MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA

SECRETARIO

ALFONSO GÓMEZ FERNÁNDEZ

VOCAL

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

VOCAL

RAFAEL ITURRIAGA NIEVA